
3 1761 09492638 3

Lehrbuch

des

Bürgerlichen Rechts

Von

Dr. Josef Kohler
Geheimer Justizrat
ord. Professor an der Universität Berlin

Dritter Band, erster Teil

Familienrecht



Berlin
Carl Heymanns Verlag
1915

Gedruckt bei Julius Sittenfeld, Hofbuchdr., in Berlin W 8

Verlags-Archiv 5851

Dem Andenken des Herrn

Dr. Otto Loewenstein

zur Hundertjahrfeier von Carl Heymanns Verlag

gewidmet

Vorwort.

So kann ich auch den III. Band des großen Werkes in seiner ersten Hälfte vollendet vorlegen. Das Erbrecht soll baldtunlichst folgen und ihm wird dann auch ein Register für den ganzen dritten Band beigefügt werden.

Das Familienrecht, dessen juristische Gestaltung mich Jahrzehnte lang beschäftigte, das Manuskript, das mich so viele Jahre in den verschiedensten Lebenslagen begleitete, und die Arbeit, die, allerdings untermischt mit vielen anderen Dingen, mich in Zeiten beschäftigte, als noch alles in friedlicher Eintracht zu leben schien, beschließe ich jetzt in den Tagen des gewaltigen Weltkrieges, wo die größten Ereignisse der Geschichte unsere Nerven erbeben machen und wir alle der Überzeugung leben, daß wir an einem unerhörten Wendepunkt unseres nationalen Seins angelangt sind. Doch — so gewaltig auch die Erschütterungen sind, die uns umgeben, die Institute des Familienrechts werden nicht nur bleiben, sondern sie werden sicher eine außerordentliche Vertiefung und Verinnerlichung erfahren. Haben sich manchmal auch bei uns Regungen bedauerlicher Art gezeigt und ist der tiefe Ernst dieser in den Grundfesten der Menschheit gebauten Einrichtungen bisweilen auch bei uns durch ein leichtfertiges Spiel gekräuselt worden, so haben wir uns längst auf unser besseres Selbst besonnen; wir wissen jetzt, daß eine Nation

nur dann Höchstes leisten kann, wenn sie von regem sittlichem Gefühl erfüllt ist.

Eben wo ich abschließe, ist die Festung der Festungen gefallen und die Siegesglocken Deutschlands klingen verheißungsvoll durch die Lande. Wir wissen, daß die deutsche Kultur bleibt und zur weltbeherrschenden Macht wird.

Berlin am Tage der Eroberung Antwerpens,
10. Oktober 1914.

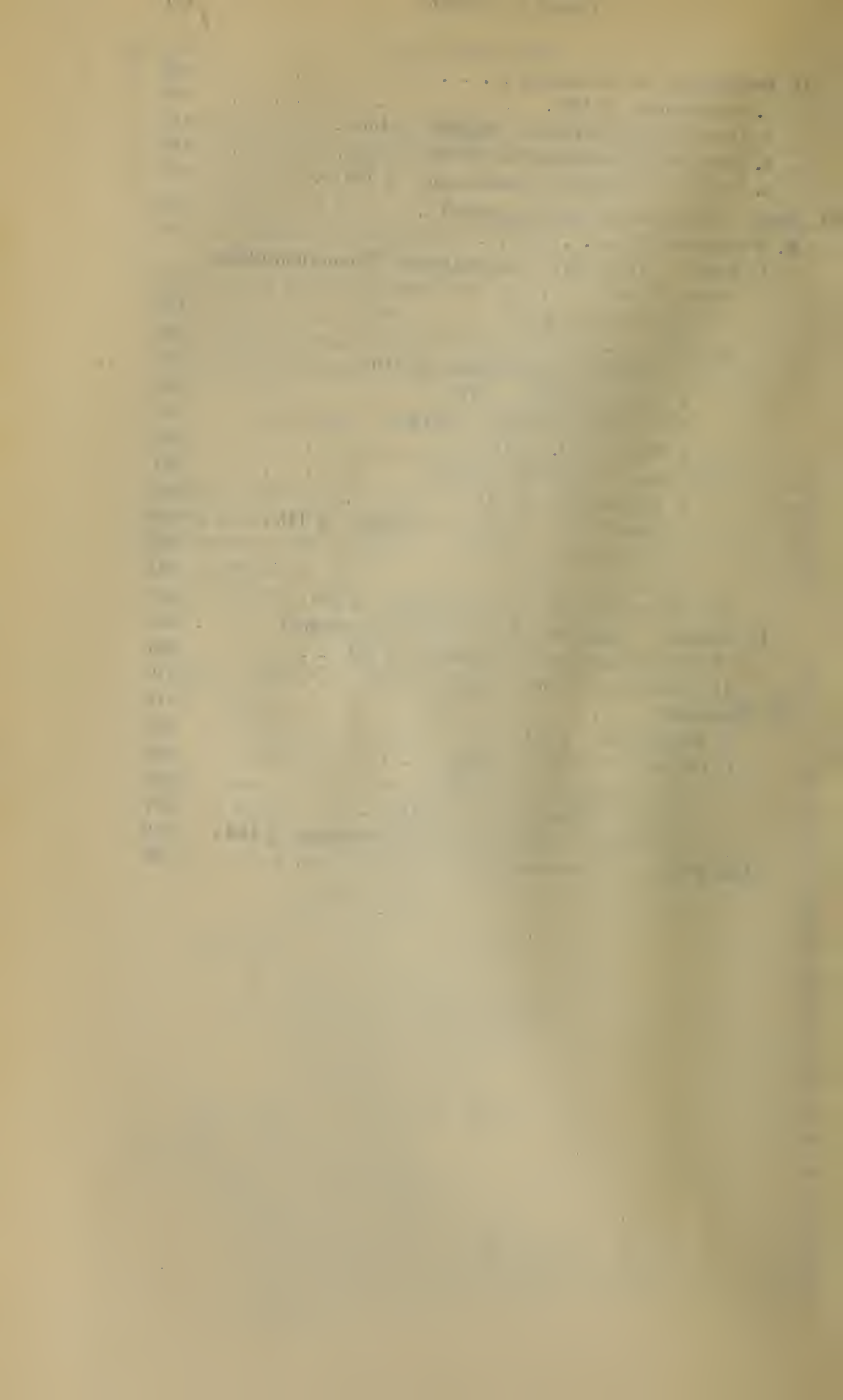
Josef Kohler.

Inhalts-Verzeichnis.

III. Buch. Die Familie.

I. Abschnitt. Engere Familie. Eltern- und Kindschaft.

II. Abschnitt. Erweiterte Familie. Verwandtschaft und Schwägerschaft.



I. Buch.

Persönlichkeitsrecht.

(Enzyklopädie II S. 33.)

I. Allgemeines.

§ 1.

I. Die Person hat als Rechtssubjekt ein Recht an sich selbst, d. h. an allem demjenigen, was die Persönlichkeit bildet, an ihrer Einheit, wie an ihren Teilen. Die Behauptung, daß ein solches Recht deswegen unmöglich sei, weil Subjekt und Objekt zusammenfielen, zeugt von einer solchen mangelnden philosophischen Anschauung, daß darauf nicht näher einzugehen ist; denn der erste Blick in die philosophische Seelenlehre zeigt uns, daß die Persönlichkeit sich selber gegenübertritt, daß das momentane Ich sich hundertfach wendet gegen das vergangene Ich, wie es sich bis in dem letztvorhergehenden Augenblick gestaltet hat: der Moment aber, der zwischen der Selbsterfassung und der jüngsten Entwicklung des Ich dazwischenliegt, ist so kurz, daß er rechtlich gar nicht in Betracht kommt[1]).

II. Das Recht der Persönlichkeit ist natürlich nicht analog einem Familienrecht an fremden Personen, sondern analog einem Sachenrecht; es ist ein Recht, dessen wesentlicher Charakter darin besteht, daß die Persönlichkeit in ihrem Sein und ihrer Selbstentwicklung diejenige ungestörte Ruhe und individuelle Initiative haben muß, welche nötig sind, damit das Einzelwesen sein Ziel erreichen kann.

---

[1]) Allerdings ist der Umstand, daß wir nicht das Ich der Gegenwart, sondern nur das Ich der Vergangenheit kennen lernen können, für die Erkenntnislehre und insbesondere für die Rechtfertigung des Indeterminismus nicht ohne Bedeutung, wie dies Planck in seiner Berliner Rektoratsrede 1914 S. 25f. treffend hervorhebt.

III. Die praktische Bedeutung des Rechts zeigt sich vor allem in dem Anspruch gegen Dritte auf Ungestörtheit, und auch darin, daß, wenn eine wirkliche Verletzung stattgefunden hat, eine Verpflichtung zum Ersatz gegeben sein kann.

IV. Das Persönlichkeitsrecht ist eines, ebenso wie die Persönlichkeit; wie aber ihre Betätigung eine verschiedene ist, so kann auch der Eingriff ein verschiedener sein, und nach diesen verschiedenen Richtungen hin kann das Persönlichkeitsrecht verschiedene Entwicklungsmöglichkeit gewähren. So spricht man von einem Recht auf Ungestörtheit des Körpers, der Freiheit, auf Ungestörtheit der seelischen Entschließung gegenüber dem Zwang, auf Ungestörtheit der sozialen Wirksamkeit der Person; man spricht insbesondere auch vom Schutz der Ehre und vom Schutz der Person im geschäftlichen Verkehr.

Wenn man daher gefragt hat, ob Ehre oder Gesundheit Rechtsobjekte sind, so ist die Frage nicht korrekt gestellt: beides sind Äußerungen der Persönlichkeit, und die Persönlichkeit enthält die Fülle der Lebensgüter, die auf solche Weise auseinandergelegt werden können: nicht eigentlich Ehre oder Gesundheit ist verletzt, sondern der Mensch in bezug auf Gesundheit und Ehre. Und auch die Beziehung der Person zur Familie kann in Betracht kommen: es ist ein Widerrecht, wenn man der Persönlichkeit eine falsche Familie zuschreibt, es ist ein Widerrecht, wenn man sie mit einer falschen Familie in Beziehung setzt.

V. Über die meisten dieser Persönlichkeitsrechte habe ich bereits an anderer Stelle ausführlich gehandelt, neuerdings in der Enzyklopädie II S. 34f.; hier namentlich auch über das Gewerberecht. Ich kann darauf verweisen. Ebenso auf frühere Ausführungen über die Frage, inwiefern ein Überrest des Persönlichkeitsrechts auf die Hinterbliebenen übergeht[1]).

---

[1]) Urheberrecht an Schriftwerken S. 444, Autor- und industrierechtliche Abhandl. II S. 57f. Dahin gehört auch der Anspruch auf Zulassung zur Beerdigung an einer Begräbnisstätte, vgl. Preuß. KompetenzkonfliktsGer. 2. Dezember 1905, JZ. XII S. 245. Weitere Literatur über letztere Frage in meinen Studien aus dem Strafrecht I S. 207.

VI. Hier sind diejenigen Verletzungen der Persönlichkeit besonders zu betonen, wodurch sie nicht in bezug auf einzelne Betätigungen, sondern in ihrer Gesamtheit angegriffen wird; dahin gehören

1. alle Versuche, sich durch täuschende Maßnahmen in die Sonderkreise des anderen einzuschleichen, so insbesondere die verschiedenen Arten von Irreleitungen, von subjektiver und objektiver Täuschung, wodurch der Verkehr vergiftet wird; dahin gehören

2. Feindseligkeiten, welche in die Person und ihr Heiligtum eindringen, wie Geheimnisverrat und Bestechung, es gehört hierher alles, was in meinem Werk über den unlauteren Wettbewerb (1914) von der ersten bis zur letzten Seite ausgeführt worden ist.

Hierher kann vor allem auch

3. der Boykott gehören.

VII. Boykott ist die Verdrängung einer Person durch Verhinderung ihres Lebensverkehrs im ganzen oder nach gewissen Richtungen hin. Da jeder das Recht hat, seine eigene Persönlichkeit zur Geltung zu bringen, und da wir noch das Prinzip des freien Wettbewerbs haben, so kann es nicht als Verletzung der Persönlichkeit betrachtet werden, wenn jemand eine Tätigkeit entfaltet, wodurch der andere in seinem gewerblichen Wirken geschmälert wird.

Boykott ist daher, wie Streik, ein erlaubtes Mittel im Kampfe der Individualitäten, zusammenhängend teilweise mit Wettbewerbsbestrebungen, teilweise mit dem Ständekampf, welchen jede Nation auszukämpfen hat[1]). Derartige Mittel haben sich nicht etwa erst in der neueren Zeit gebildet, sie haben sich schon in alten Tagen, insbesondere auch schon im mittelalterlichen Verkehrsleben gezeigt[2]).

Wohl aber muß gesagt werden:

Der Boykott kann nur als gewerbliches Kampfmittel nach der Richtung eingeleitet werden, daß der Angegriffene im Gewerbe unterliege, und auch hier nur mit einigem Vorbehalt.

---

[1]) RG. 12. Juli 1906, Entsch. 64 S. 53.

[2]) Unlauterer Wettbewerb S. 12.

1. Der Boykott darf nicht zur Erdrosselung der Person führen. Es ist nicht gestattet, einen Boykott in der Art in Szene zu setzen, daß einer Person nicht bloß der Gewerbebetrieb abgeschnitten wird, sondern sie nicht einmal mehr wohnen, hausen, hofen, daß sie nicht einmal mehr ihren Lebensbedarf einkaufen kann.

Eine Behandlung, welche zur Ächtung oder Friedloslegung führte, wäre in jeder Weise unstatthaft.

2. Er darf nur aus gewerblich sozialen Motiven erfolgen; daher ist er unstatthaft,

a) wenn sein Anlaß ein ganz geringfügiger, kleinlicher ist, so daß es sich nicht um soziale Bestrebungen größeren Stils, sondern nur um persönliche Empfindlichkeiten handelt[1];

b) wenn zwar eine gewerbliche Veranlassung vorliegt, wenn aber der Angriff über das durch dieses gewerbliche Motiv gerechtfertigte Maß hinausgeht; wenn es insbesondere genügen würde, den Gegner aus dem Felde zu schlagen, und man nun dahin abzielt, ihn völlig zu vernichten: dies wäre nicht mehr als berechtigte gewerbliche Bestrebung, sondern als persönliche Gehässigkeit und verwerfliche Gemeinheit einzuschätzen[2];

c) wenn das Ziel ein verwerfliches ist[3], z. B. die inländische Industrie gegen das Ausland zu schädigen[4].

3. Auch der an sich berechtigte Boykott wird unberechtigt, wenn er sich verkehrswidriger Mittel bedient. Doch darf man es bei dieser Bemessung der Verkehrswidrigkeit nicht zu streng nehmen; namentlich nach der nationalsozialen Seite muß eine Aufklärung und Stimmungserregung in weitem Maße gestattet sein. Es muß erlaubt sein, darauf hinzuweisen, daß es besser sei, gewisse Waren zu vermeiden und andere Waren zu nehmen. Es muß erlaubt sein, hervorzuheben, daß eine Firma eine ausländische ist, und daß es patriotischer

---

[1]) RG. 17. März 1904, Entsch. 57 S. 418, 4. Oktober 1906, Entsch. 64 S. 155, 158, und die hier zitierten Entscheidungen.

[2]) Mehr oder minder richtig RG. 29. Mai 1902, Entsch. 51 S. 369, 384, 2. Februar 1905, Entsch. 60 S. 94, 104.

[3]) RG. 2. Dezember 1907, JW. 37 S. 38.

[4]) RG. 14. Oktober 1907, Entsch. 66 S. 379.

ist, die Waren von inländischen Firmen zu beziehen. Es muß erlaubt sein, daß Konsumenten unter sich ausmachen, bei gewissen Geschäftsleuten etwa wegen ihrer Übervorteilungen oder wegen ihrer unehrlichen Praktiken nichts mehr zu kaufen oder gewisse Lokale nicht mehr zu besuchen, sofern nur diese Behauptungen im wesentlichen richtig sind.

Verkehrswidrig werden diese Mittel aber,

a) wenn man falsche Darstellungen gibt,

b) wenn man in Drohungen über das gesellschaftliche Maß hinausgeht. Eine Drohung innerhalb der Parteidisziplin, welche dahin geht, daß jeder Zuwiderhandelnde aus der Partei ausgeschlossen wird und ihre Vorteile verliert, ist nicht gesellschaftswidrig; denn es ist ein berechtigtes Verhalten einer Partei, zu verlangen, daß ihre Mitglieder in wichtigen Fragen gemeinschaftlich handeln, dies auch dann, wenn die Parteigenossenschaften ihren Mitgliedern Vorteile bieten und sie daher nicht nur durch ihre Gesinnung, sondern auch durch soziale Einrichtungen zusammenketten. Dagegen wird die Drohung über das gesellschaftliche Maß hinausgehen, wenn sie aus dem Kreise der organisierten Partei hinausgreift, wenn sie also dem ungehorsamen Parteigenossen nicht etwa bloß den regelrechten Parteiverkehr untersagt, sondern ihm auch den Verkehr mit Dritten unterbindet, indem man Dritte abschreckt und ihnen im Falle eines solchen Verkehrs jede Beteiligung an den Einrichtungen der Partei abschneidet, wodurch der Verrufene ganz an die Luft gesetzt wird. Das wäre ein Verruf ins Unendliche[1]).

Zu den unerlaubten Drohungen gehören auch die Einrichtungen, welche in die Ruhe und den Frieden des Verkehrs eingreifen, wie Streikpostenstehen und andere äußerliche Maßnahmen.

4. Verkehrswidrig sind, selbst ohne Täuschung und ohne Drohung, leidenschaftliche Kundgebungen, welche die Bevölkerungsklassen gegeneinander hetzen und die öffentliche Ordnung gefährden[2]).

---

[1]) RG. 25. Juni 1890 und 14. Dezember 1902, Entsch. 28 S. 238 und 56 S. 271.

[2]) RG. 13. Februar 1911, Entsch. 76 S. 35.

5. Aber auch die Anwendung von an sich unerlaubten Mitteln macht den Boykottbetrieb unerlaubt; so wenn die Mittel der Spionage, des Geheimnisverrats, der Bestechung angewendet werden; so auch die Bedrückung durch ständige unausgesetzte Preßangriffe[1]); denn hier sind nicht nur die Mittel verkehrswidrig, sondern auch alles, was durch solche Mittel betrieben wird.

II. Rechtsmißbrauch.

§ 2.

I. Eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts liegt auch im Rechtsmißbrauch, d. h. darin, daß jemand von einem ihm zustehenden Rechte einen der Bestimmung des Rechts widersprechenden Gebrauch macht.

Eine jede Persönlichkeit kann verlangen, daß ein Recht gegen sie nur in den Grenzen ausgeübt wird, welche der Vernunft des Rechts entsprechen.

Am klarsten ist dies im Schweizer ZGB. a. 2 ausgesprochen:

„Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz“[2]).

II. Ein solcher Mißbrauch in vermögensrechtlicher Beziehung kann nicht schon dann angenommen werden, wenn jemand in der Verwaltung seines Vermögens und in der Geltendmachung seiner Rechte unsittlich verfährt; denn wollte man jeden unsittlichen Gebrauch des Rechtes als Mißbrauch betrachten, so würde man einfach Moral und Recht in unzulässiger Weise zusammenwerfen. Insbesondere kann man auch nicht geltend machen, daß jemand schon darum Mißbrauch mit seinen Rechten treibt, weil er durch seine Ausübung einem anderen Unheil bereitet, ohne daß er dadurch einen entsprechenden Vorteil für sich erlangt; denn immerhin kann

---

[1]) Unrichtig RG. 17. September 1908, Entsch. 37 S. 679.

[2]) Wie sehr das Islamrecht die Lehre vom Mißbrauch des Rechts untersucht hat, darüber vgl. Z. f. vgl. Rechtsw. XXIX S. 432f.

der soziale Grundsatz, daß die Rechtstreue gewahrt werden müsse, auch dahin führen, daß jemand scharf zugreift, ohne daß diese Schärfe durch eigene wirtschaftliche Vorteile genügend gestützt ist: denn durch eine solche Anspannung des Rechts handelt er im Interesse der Rechtsdisziplin und zum sozialen Vorteil des Ganzen (vindikative Rechtsausübung).

III. Ein Mißbrauch des Rechts liegt vielmehr nur dann vor, wenn

1. das Recht gegen seinen Rechtszweck zur Bedrückung einer Person angewendet wird; oder

2. wenn das Recht so ausgeübt wird, daß Recht und Gegenrecht nicht im richtigen Verhältnis stehen; oder

3. wenn das Recht so behandelt wird, daß Einzelrecht und Gesamtrecht nicht in richtige Beziehung treten; oder

4. wenn das Recht so gebraucht wird, daß es mit der Kulturordnung im Widerspruch steht.

5. Ein Rechtsmißbrauch ist endlich das Schikanehandeln.

IV. Ein Mißbrauch des Rechts liegt also erstens vor, wenn ein Recht gegen seinen Zweck angewendet wird, um einen anderen zu bedrücken. Hierbei ist zu bemerken: niemals wird Recht und Rechtszweck einander vollkommen entsprechen, sondern das Recht wird stets einen bestimmten weiteren Umfang haben, innerhalb dessen sich der Berechtigte bewegen darf: man setzt ihm in dieser Beziehung regelmäßig keine Schranke, auch dann nicht, wenn eine solche Bewegung nicht immer dem sittlich wirtschaftlichen Wunsche der Rechtsordnung gemäß ist. Wenn eine solche Bewegung aber erfolgt, um den Rechtszweck ins Gegenteil zu verkehren und um dasjenige zu erreichen, was die Rechtsordnung eben vermeiden will, dann liegt ein Mißbrauch vor. So namentlich

1. in der Benutzung des formalen Rechts, um das materielle Recht zu hintergehen. Das formale Recht ist gesetzt, damit das materielle Recht einen kräftigen Vorstoß machen kann, es ist nichts anderes als ein Hebel, um ihm größere Kräfte zu verleihen. Findet nun aber eine Verwendung statt, um gerade das materielle Recht zu erdrosseln,

kehrt sich das formelle Recht in seiner Wirksamkeit gegen das materielle, dann liegt ein Mißbrauch vor. Ein Hauptfall ist gegeben, wenn

a) das Warenzeichenrecht und ähnliche zur Steigerung des Persönlichkeitsrechts geschaffene Rechte gegen die Persönlichkeit gekehrt werden, um gerade als Mittel zur Unredlichkeit zu dienen. Ich kann in dieser Beziehung auf meine Schriften über Warenzeichenrecht und unlauteren Wettbewerb verweisen[1]). Ein großer Teil meiner langjährigen Bestrebungen ging dahin, darzulegen, daß das formelle Recht dem materiellen dienen muß und daß es das materielle Recht nicht erdrücken darf, und diese Bestrebungen haben glücklicherweise jetzt zu einem vollen Siege geführt.

Auch mit dem Namenrecht kann starker Mißbrauch getrieben werden, wenn der Name in einer solchen Weise gebraucht wird, daß er zu Verwechslungen führt, oder wenn, falls die Verwechslung naheliegt, nicht die nötigen Maßregeln getroffen werden, um eine solche Verwechslung zu verhüten. Dies ist ein Mißbrauch des Namenrechtes gegen seinen Charakter; denn der Name ist dazu da, um zu unterscheiden, nicht um zu verwechseln. So namentlich der Mißbrauch der Gleichnamigkeit, der im Gewerberecht zu schlimmen Schädigungen führen kann und von dem Gesetz über unlauteren Wettbewerb ganz besonders verboten wird. Am schlimmsten ist es natürlich, wenn jemand einen Namen künstlich schafft, um eine solche Gleichnamigkeit herbeizuführen, z. B. wenn jemand namens Farina sein Kind Johann Maria nennt zu dem Zwecke, um das Kölnisch-Wasser-Geschäft auf den Namen dieses Kindes zu führen und dadurch Verwechslungen mit der weltberühmten Firma anzubahnen. Noch mehr kann derartiges im Vereins- und Gesellschaftsrecht vorkommen, indem man den unschuldigen Träger eines berühmten Namens, z. B. A. W. Faber, in die Gesellschaft aufnimmt und auf Grund dessen etwa die Produkte einer Bleistiftfabrikation mit A. W. Faber bezeichnete. Doch dies sind Abwege, über welche ich im Sondergebiete des Marken- und Wettbewerbsrechts gehandelt habe.

---

[1]) Vgl. beispielsweise auch RG. 21. Juni 1907, Entsch. 66 S. 236.

Auch im Kreise der Familie ist ein Mißbrauch des Namens möglich, z. B. wenn die Frau den ihr zukommenden Mannesnamen ohne Vornamen in einer Weise gebraucht, daß der Schein entsteht, als ob der Mann handle[1]).

b) Wechsel und abstrakte Verträge sind dazu bestimmt, das Verkehrsrecht kräftig zur Geltung zu bringen; werden sie aber angewendet, um das Recht zu hintergehen, dann liegt ein Mißbrauch vor.

Dieser Grundgedanke führt zur sogenannten exceptio doli generalis, deren Anwendung im heutigen Rechte namentlich in dieser Beziehung unbestreitbar ist. Nur muß dabei in Betracht gezogen werden, daß das materielle Recht unter den Parteien nicht immer identisch ist mit dem materiellen Rechte gegen Dritte; und wenn daher ein Wechsel an einen gutgläubigen Dritten indossiert worden ist, so ist nicht nur ein formelles, sondern auch ein materielles Recht zugunsten des Dritten entstanden, und ein Widerspruch zwischen materiellem und formellem Rechte liegt nicht mehr vor. Daß aber natürlich derjenige, welcher das formelle Recht benutzt, um eine solche Änderung des materiellen Rechtes herbeizuführen, sein Recht mißbraucht, ist offensichtlich; so insbesondere wenn jemand einen Wechsel deswegen an einen gutgläubigen Dritten indossiert, um dem Wechselschuldner die berechtigten Einreden abzuschneiden; wer dies tut, haftet für allen Schaden.

Ein besonderer Fall ist es auch, wenn ein Indossament zwar ein Vollindossament ist, aber lediglich die Funktion eines Inkassoindossaments haben soll. Hier weiß der Indossatar, daß er nur als Organ der wirtschaftlichen Tätigkeit des Indossanten handelt, und er darf daher seine formelle Stellung nicht ausnutzen, um dem Schuldner Einwendungen abzuschneiden[2]).

c) Die Verjährung ist ein formales Institut, das, in richtigen Schranken gebraucht, eine Wohltat der Menschheit ist[3]). Ein Mißbrauch liegt vor, wenn jemand seinen Gläu-

---

1) RG. 4. April 1911, JW. 40 S. 572.

2) Dies ist so ständige Praxis, daß es keiner Belege bedarf.

3) Über den Rechtszweck der Verjährung vgl. Enzyklopädie II S. 32.

biger in verkehrswidriger Weise dahin lenkt, daß er die Geltendmachung seiner Forderung unterläßt; so, indem er ihm über die Verjährungsumstände falsche Mitteilungen macht oder ihn mit Verhandlungen herumzieht, bis die Verjährungsfrist abgelaufen ist[1]).

Das gleiche gilt von der fünfjährigen Frist, welche die Patentnichtigkeitsklage ausschließt[2]).

d) Ebenso ist das gerichtliche Urteil ein formales Institut zum Heile des Ganzen; aber auch dieses Institut kann mißbraucht werden, wenn jemand eine gerichtliche Entscheidung geltend macht, von der er weiß, daß sie in unlauterer Weise zustande gekommen ist. Ich war einer der ersten, welche hier für das moderne Recht eine actio doli aufgestellt haben. Heutzutage ist die Lehre reichlich entwickelt worden; hier handelt es sich nicht etwa darum, das rechtskräftige Urteil zu mindern, vielmehr wird dem Berechtigten die Verpflichtung auferlegt, von ihm keinen solchen Gebrauch zu machen, der sich als Schlechtigkeit herausstellte[3]).

e) Ein Mißbrauch des formalen Rechtes liegt auch dann vor, wenn jemand in gesellschaftswidriger Weise Umstände herbeiführt, welche nach dem formalen Rechte das Rechtsschicksal anderer beeinflussen, so daß der Erfolg richtig nach dem formellen Rechte eintritt, aber eben infolge jener verkehrswidrigen Lenkung und Leitung. Ein Hauptfall ist der, wenn jemand durch arglistige Hilfsmittel es erwirkt, daß eine Erklärung des anderen sich verspätet oder daß eine Zahlung des anderen nicht zur rechten Zeit eintrifft, so daß ein ungünstiger Rechtserfolg, insbesondere Verfall oder Verwirkung der Rechte stattfindet. Ein anderes Beispiel ist es, wenn jemand auf solche Weise die Gegenpartei verhindert, die Bedingungen des Geschäftes zu erfüllen: hier hilft sich schon das formelle Recht dadurch, daß in solchem Falle die Bedingung als erfüllt gilt (§ 162); mit

---

[1]) RG. 14. Dezember 1893, Entsch. 22 S. 141, 24. März 1904, Entsch. 57 S. 372, 19. April 1908, Entsch. 60 S. 387, 392, 26. Oktober 1906, Entsch. 64 S. 220, 21. September 1907, Holdheim XVII S. 56.

[2]) Lehrbuch des Patentrechts S. 162.

[3]) Hierüber vgl. meine Abhandlung in Grünhut 33 S. 563 und Enzyklop. III S. 349.

anderen Worten: das formelle Recht nimmt hier, wie so häufig, einen Grundsatz des materiellen Rechtes in sich auf.

Ein ähnlicher Fall ist es, wenn bei Abschluß eines formalen Geschäftes der eine Teil durch Arglist bewirkt, daß die Form nicht richtig erfüllt wird und infolgedessen das Geschäft scheitert: die Form ist nicht erfüllt, aber derjenige, der das Geschäft zum Scheitern brachte, muß sich dem anderen Teil gegenüber so verhalten, wie wenn das Geschäft richtig zustande gekommen wäre.

f) Auch das Prozeßrecht bietet viele Fälle, in denen der Mißbrauch des formellen Rechts seine Gegenwirkung finden muß. Sie sind im Prozeßrecht zu besprechen[1]).

2. Ein weiterer Zwiespalt zwischen Recht und Rechtszweck ist gegeben, wenn ein Recht in unnötig kränkender Weise geltend gemacht wird, so daß hierdurch eine Verletzung der Persönlichkeit erfolgt, welche in den Zwecken des Rechtes nicht begründet ist. So wenn an sich berechtigte Äußerungen in gesellschaftswidriger Weise erfolgen, z. B. mit einer auffallenden Öffentlichkeit oder in ständiger aufreizender Wiederholung: so eine Mahnung, eine Bekanntmachung, namentlich auch die Veröffentlichung eines strafrechtlichen Urteils[2]), die Bekanntmachung des Ehemannes wegen Entziehung der Schlüsselgewalt[3]); oder wenn man das Recht der Wahrheit dadurch mißbraucht, daß man Vertraulichkeiten und Intimitäten an die Öffentlichkeit bringt und dadurch das individuelle Innenleben aufs gröblichste verletzt. Auch der Historiker hat Intimitäten so weit zu schonen, als sie nicht zur notwendigen Charakteristik gehören, wenigstens so lange, bis die Zeit kommt, wo die Persönlichkeit in eine historische Ferne gerückt ist und uns nicht mehr als Lebensgenosse erscheint[4]).

3. Ein weiterer Zwiespalt zwischen Recht und Rechtszweck liegt vor, wenn man vom Schuldner das Unmögliche an Vollkommenheit verlangt und sich

---

[1]) Dahin gehört z. B. das Erschleichen der Zuständigkeit, Enzyklopädie III S. 281.

[2]) Unlauterer Wettbewerb S. 282.

[3]) RG. 9. Januar 1905, Entsch. 60 S. 12.

[4]) Hierüber vgl. Enzyklopädie II S. 34 und die dortigen Zitate.

insbesondere auf Fehler und Ungenauigkeiten versteift, die nur geringfügiger, unerheblicher Art sind oder mit Leichtigkeit gehoben werden können. Hier muß jeder im Rechte zu- und abgeben. In einer Reihe von Fällen ist dies vom BGB. ausgesprochen worden: so sollen beispielsweise in der Mängelrüge beim Kauf- und beim Werkvertrag nur erhebliche Mängel in Betracht kommen, ebenso soll eine Zahlung nicht abgelehnt werden dürfen, wenn eine Kleinigkeit fehlt, und dies vor allem dann, wenn hierdurch keine erheblichen Interessen gekränkt werden (§§ 320, 459, 468, 498, 542, 634 BGB.). Es ist ein Mißbrauch des Rechts, wenn man im Rechtsleben trotz der menschlichen Schwäche Anforderungen stellt, welche, weil zu streng, eben gerade den Grundsätzen des Verkehrs widersprechen[1]). Dies gilt auch, was Abrechnung, Auskunft und Offenbarungseid betrifft (§§ 259, 260, 2028 BGB.). Auch sonst soll über Unerhebliches hinweggesehen werden; z. B. bei der Versicherung bleibt eine unerhebliche Erhöhung der Gefahr unberücksichtigt (§ 29 PrivVersG.).

4. Weiter kommt, was Recht und Rechtszweck betrifft, folgendes in Betracht:

Kann auch, wie oben hervorgehoben, in Schuldverhältnissen das sittliche Schonungselement nicht allgemein ausschlaggebend sein, so tritt es doch in folgenden zwei Fällen in das Recht ein, und seine Verletzung ist zugleich eine dem Rechtszweck widersprechende Verletzung der Rücksicht, welche man dem Schuldner gegenüber zu wahren hat, nämlich

a) wenn einerseits zugunsten des Verpflichteten besondere Gründe sprechen, er namentlich in völlig unschuldiger Weise in die bedrängte Lage gekommen ist, und andererseits der Gläubiger an der Durchführung des Rechtes kein erhebliches eigenes Interesse hat; der pönale oder vindikative Charakter des Rechtes, von dem oben (S. 7) die Rede war, fällt hier fort. Das wäre z. B. der Fall bei Shylock und Antonio, sofern man das Versprechen des Pfundes Menschenfleisch als gültig betrachten wollte;

---

[1]) RG. 21. April 1911, Entsch. 76 S. 150.

b) wenn erhebliche soziale Krisen eingetreten sind, denen viele verfallen, und wenn hier die rücksichtslose Geltendmachung des Rechtes die sozialen Mißstände in unmotivierter Weise vergrößern würde; so z. B. infolge eines Krieges: hier ist die rücksichtslose Verfolgung des Rechtes ein Unrecht. Wenn das Gesetz vom 4. August 1914 und dazu der Bundesratsbeschluß vom 7. August 1914 es dem Richter gestatten, dem Schuldner einigen Aufschub zu gewähren mit Rücksicht auf den einzelnen Fall, aber unter voller Erwägung des Rückschlages, den ein solcher Aufschub auf die Verhältnisse des Gläubigers haben kann, so ist damit ein allgemeines Prinzip ausgesprochen[1]): in wirtschaftlichen Mißlagen muß das Recht so ausgeübt werden, daß die ungeheuren sozialen Folgen gemildert werden, welche bei dem unbedingten Walten des Rechtsegoismus der Einzelnen zu befürchten wären.

V. Ein Rechtsmißbrauch ist zweitens gegeben, wenn das richtige Verhältnis von Recht und Gegenrecht verschoben wird. Ein Verhältnis zwischen Recht und Gegenrecht kann vorliegen

1. wenn das Persönlichkeitsrecht, aus welchem die Befugnis zu einer privaten oder öffentlichen Tätigkeit hervorgeht, mit einem Schuldverhältnis zusammenstößt, welches der Person eine Treupflicht dahin auferlegt, daß sie ein bestimmtes Auftreten unterläßt; so eine Klageerhebung, welche einer Treupflicht widerspräche[2]), oder eine Nichtigkeitsklage gegen ein Patentrecht, welches die Person in Schutz und Schirm genommen hatte[3]).

Ein solches Verhältnis tritt ferner hervor

2. bei dem Zusammenstoß von Forderungsrechten. Wie, wenn ein Gläubiger den anderen Gläubiger irreführt, wenn er es verhindert, daß er einen Anwalt findet? Wenn er ihm über

---

[1]) Vgl. auch schon Code Nap. a. 1244: „Les juges peuvent néanmoins en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état.

[2]) Vgl. Enzyklopädie III S. 308.

[3]) Lehrb. des Patentrechts S. 154.

die Person des Schuldners falsche Auskunft gibt? Wenn er durch solche Mittel bei der Vollstreckung zuvorkommen will?

3. wenn Eigentum und Eigentum sich entgegenstehen, also im Nachbarrecht; hier hat der Gedanke, daß das Eigentum nicht individualistisch mißbraucht werden darf, bereits innerhalb des Rechts zu beschränkenden Sätzen geführt, auf welche hier nicht näher einzugehen ist[1]); man denke auch an das Abholungsrecht (§§ 867, 1005). Wesentlich ist aber, daß auch diese Einzelvorschriften von dem Gedanken des Rechtsmißbrauchs getragen sind.

Ebenso verhält es sich

4. im Servitutenrecht. Die Dienstbarkeit enthält eine Belastung des Grundeigentums, die aber nicht weiter gehen soll, als es das Interesse des Berechtigten verlangt; weshalb, wenn das Interesse des Berechtigten in einer etwas veränderten Weise vollständig befriedigt werden kann, der Servitutenberechtigte nachgeben soll. Auf diese Weise treten die dinglichen Rechte zueinander in dasjenige Verhältnis, welches der Eigentumsordnung am gemäßesten ist. Ein Ausfluß dieses Satzes ist namentlich § 1023 BGB.[2]).

5. Vor allem aber ist das Familienrecht das Gebiet, auf dem Recht und Gegenrecht zusammentrifft, und der Zusammenstoß beider muß so begütigt werden, daß die Ziele der Familie bestens erreicht werden. Das Wesen des Familienrechts besteht gerade darin, daß dem Personenrecht des einen das Personenrecht des anderen gegenübersteht; daher der Grundsatz: Wo das eine Recht als das überwiegende erscheint, wie das Recht des Ehemannes oder des Hausvaters gegenüber Frau und Kindern, da tritt zwar im großen und ganzen die Stellung der anderen Familienglieder zurück, allein nur insoweit, als der herrschende Teil nicht gegen seine Pflicht verstößt. Ein Verstoß würde liegen

a) in jeder Grausamkeit,

b) in jedem speziell auf Kränkung und Niederdrückung des anderen Teiles gerichteten Verfahren, soweit hierfür nicht besondere sittliche oder wirtschaftliche Gründe sprechen,

---

[1]) Enzyklopädie II S. 47f.

[2]) Arch. f. ziv. Praxis 87 S. 232f.

c) in sittlicher oder wirtschaftlicher Unvernunft; vgl. §§ 1353, 1354, 1357, 1358).

6. Auch Familienrecht und Eigentum können einander gegenüberstehen; so wenn auf dem Eigentum des Vaters die Mutter beerdigt ist und der Vater dem Sohn verweigern will, das Grab seiner Mutter zu besuchen. Auch dies ist ein offenbarer Rechtsmißbrauch, was auch das RG. anerkannt hat[1]).

7. Selbst im Bereich des Unrechtsverkehrs ist der Gesichtspunkt nicht ganz auszuschalten. Wer ein Bordell kauft und es in aller Form übereignet erhält, braucht nicht zu zahlen, da der § 138 ihn „deckt", und er hat auch die Rückforderung des andern Teils nicht zu gewärtigen, da diesem der § 817 im Wege steht. Wie aber, wenn der Verkäufer den Kauf rückgängig machen will? Soll demgegenüber der Käufer darauf bestehen können, das Haus zu behalten und den Kaufpreis unbezahlt zu lassen? Man kann gewiß sagen, daß ein solches Handeln die höhere Unsittlichkeit enthält und der Käufer mit der durch § 817 gegebenen Rechtslage Mißbrauch treibt[2]).

VI. Rechtsmißbrauch liegt drittens vor, wenn das Recht so gebraucht wird, daß Einzel- und Gesamtrecht nicht in richtigem Verhältnis stehen. Hierfür gibt der Konkurs die nächsten Anwendungsfälle. Kein Gläubiger soll an der Schwelle des Konkurses Erfüllung oder Deckung oder Sicherstellung seiner Einzelforderung suchen, wenn dies auf Kosten der Gesamtheit der Gläubigerschaft erfolgen müßte; kein Gläubiger soll sich, insbesondere nicht unter Benutzung des ausländischen Rechts, eine Aufrechnungsgelegenheit verschaffen, um die Gesamtheit der Gläubiger zu benachteiligen; der Beschenkte soll zurücktreten, wenn es gilt, die notleidenden Gläubiger zu befriedigen; die Ehefrau soll gewisse Aussonderungsrechte nicht geltend machen, wenn sie dadurch die berechtigten Erwartungen der Gläubiger zerstörte. Umgekehrt soll aber auch die Gläubigerschaft ihr Beschlagsrecht nicht zur Geltung bringen, wenn dadurch das Ver-

---

1) RG. 3. Dezember 1909, Entsch. 72 S. 251.

2) So RG. 8. Oktober 1909, Entsch. 71 S. 435.

mögen einer Einzelperson ohne genügende Rechtfertigung geopfert würde, z. B. das Vermögen des Verkaufskommittenten, dessen Waren verkauft sind, wovon die Kaufpreisforderungen noch ausstehen (§ 392 HGB.).

Das ganze materielle Konkursrecht ist erfüllt von diesem Grundgedanken[1]).

VII. Rechtsmißbrauch kann viertens darin liegen, daß ein Zusammenstoß mit der sozialen Kulturordnung stattfindet und das Recht im Gegensatz zu den allgemeinen Kulturerfordernissen mißbraucht wird. So rechtfertigt man in gewissen Gebieten, welche die Enteignung als Rechtsinstitut nicht kennen, die Pflicht des Grundeigentümers, sich der Abtretung gegen Entschädigung zu unterwerfen; denn es wäre Rechtsmißbrauch, wenn der Eigentümer sich solchen Kulturerfordernissen gegenüber auf sein Eigentum versteifte. Dieser Gesichtspunkt kommt aber auch noch bei uns in Betracht; so in folgendem Fall:

Daß der Grundeigentümer eine Betätigung in der Höhe seiner Luftsäule nicht verbieten kann, wenn er an dem Verbot kein Interesse hat, ergibt sich schon aus den Grundbegriffen des Eigentums (§ 905). Aber die Beschränkung geht weiter: er muß in bestimmter Höhe die Luftschiffahrt erlauben, auch wenn sie für ihn nicht ungefährlich ist; das Gegenteil würde die ganze Luftschiffahrt unmöglich machen: die Geltendmachung des Eigentums nach dieser Richtung hin wäre ein Mißbrauch des Rechts[2]).

VIII. Dagegen liegt ein solcher Zusammenstoß nicht vor, wenn Recht und Nichtrecht einander gegenüberstehen und es an solchem höheren Kulturinteresse fehlt, es vielmehr lediglich dem einen oder anderen vorteilhaft wäre, daß sich die Sache so oder anders gestaltete. Dazu ist niemand gehalten. Hat z. B. A. am Hause des B. eine Grunddienstbarkeit, so kann er nicht verlangen, daß ihm mehr eingeräumt werde, als der Inhalt der Grunddienstbarkeit bildet, sollte dieses Plus auch dem Grundeigentümer ganz unschädlich

---

[1]) Leitfaden des Konkursrechts S. 152f., 160f., 113f.

[2]) Vgl. mein Luftfahrtrecht S. 10; RG. 29. Oktober 1904, Entsch. 59 S. 116.

oder interesselos sein[1]). Niemand kann vom anderen verlangen, daß er sein Eigentum opfert, lediglich deshalb, weil dieses Opfer ihm bedeutungslos ist.

IX. Eine letzte Art des Rechtsmißbrauchs ist das Schikanehandeln (§ 226 BGB.).

1. Schikane[2]) besteht nicht darin, daß jemand zum Nachteil eines anderen handelt; schon darum nicht, weil ein solcher Kampf vielfach gar nicht unsittlich ist: denn das Menschenleben ist ein Kampf, und ein jeder, der sich selbst erhalten will, kann in die Lage kommen, den andern zu schädigen. Im gegenseitigen Wetteifer wird der Schwache untergehen und der Starke die Zügel des Fortschritts in die Hand nehmen.

Schikane liegt also nicht darin, daß ich etwa einen Bauplatz überbaue, während der Nachbar sich bisher an dem freien Platz erfreut und die freie Luft genossen hat. Auch die Motive, die mich dazu führen, können nicht in Betracht kommen: wenn ich nur deshalb baue, weil es mir Freude macht, dem Nachbar damit Kummer zu bereiten, so kann man mir deshalb nichts anhaben. Es ist nicht Sache der Rechtsordnung, Herz und Nieren zu prüfen und die Persönlichkeit im Rechtsgebrauch zu schulmeistern. Auch dann liegt kein Schikanehandeln vor, wenn jemand ein Patent als nichtig angreift, ohne daß er ein aktuelles Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit hat; denn es liegt im allgemeinen Interesse, daß nichtige Patente den Verkehr nicht belasten[3]).

2. Nur dann wird es anders, wenn die Benutzung meines Rechts so erfolgt, daß sie gar kein anderes vernünftiges Motiv verwirklichen kann, als das, dem Mitmenschen Schmerz, Nachteil, Unbehaglichkeit zu bereiten. Wenn ich mitten in der Nacht Musik mache, so kann dies zwar möglicherweise eine Störung der im Mietsvertrag übernommenen

[1]) RG. 19. Mai 1903, Entsch. 54 S. 433.

[2]) Vgl. Blümner, Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch (Schikane), 1900.

[3]) RG. 8. Oktober 1910, Entsch. 74 S. 209. Daß es nichtsdestoweniger gewisse Fälle gibt, in welchen der Nichtigkeitsklage eine Einrede entgegengehalten werden kann, ist bereits S. 13 bemerkt worden; vgl. auch Lehrbuch des Patentrechts S. 154.

Pflichten enthalten, es ist aber keine Schikane. Ganz anders aber, wenn ich mitten in der Nacht ein loses, unsinniges Getöse verursachte oder etwa Hunde oder Katzen nur zu dem Zweck halte, um nachts zu heulen und die Nachbarschaft zu belästigen. Schikane ist es nicht, wenn ich in der Nähe des Nachbarn einen Palast baue oder einen Aussichtsturm errichte: dagegen ist nicht anzukämpfen, wenn es nicht gegen besondere rechtliche Schranken oder Verpflichtungen verstößt; und auch wenn ich etwa das Haus einstweilen leer stehen lassen will, so kann hiergegen nichts erinnert werden, denn der Bau des Hauses ist immerhin etwas höchst Vernünftiges, auch wenn das Haus erst später zu bewohnen ist; solche Motive kann und darf die Rechtsordnung nicht weiter ergründen: man kann ja seine guten Ursachen haben, das Haus schon heute zu bauen und nicht erst, unmittelbar bevor es bezogen werden soll. Dagegen wäre es Schikane, wenn ich etwa auf meinem Gelände eine himmelhohe Mauer bauen wollte, die keinen andern Zweck haben kann[1]), als den Nachbarn zu belästigen, also von einer Höhe, die weit über das Interesse hinausgeht, mich auf meinem Gelände den Blicken des Nachbarn zu entziehen; oder wenn die Mauer in einer Weise bestrichen wäre, daß jeder Anblick blendet und verletzt; oder wenn ich die häßlichsten Einrichtungen offen nach der Nachbarseite baulich hervortreten ließe, um Ekel und Widerwillen zu erregen; oder wenn ich auf meinem Gelände ein Bild anbrächte, mit einer Darstellung, die lediglich den Zweck haben könnte, dem Nachbarn unangenehme Empfindungen zu verursachen, z. B. mit Schilderungen aus seinem Leben, etwa aus einer Zeit, wo dieses nicht recht rühmenswert war. Geht dies bis zur Beleidigung, dann tritt natürlich die Handlung aus dem bloßen Schikanehandeln heraus und wird zur Rechtswidrigkeit; so wenn ich auf meinem Gelände ein Bild anbrächte, worin in offener oder versteckter Weise der Nachbar des Meineids bezichtigt würde.

Auch im Vereinsrecht kann eine Schikane vorliegen; doch kann die Nichtaufnahme in einen Verein nur selten als

---

[1]) Also darauf kommt es an, daß die Einrichtung keinen anderen Zweck haben kann, nicht daß sie im konkreten Fall keinen anderen Zweck hat, RG. 23. Mai 1905, JW. 34 S. 388.

Schikane gelten: denn schon der bloße Umstand, daß die Persönlichkeit dem einen oder anderen Vereinsmitglied nicht genehm sein möchte, ist ein genügender Grund der Nichtaufnahme; sodann handelt es sich nicht um einen Eingriff in eine vorhandene Lage, sondern um Nichtbegründung einer neuen, und zur Begründung einer solchen neuen Lage kann niemand ohne weiteres verpflichtet werden[1]).

3. Die Grundsätze über Schikanehandeln finden auch im Schuldrecht eine sehr weitgehende Berücksichtigung, so namentlich in den Dienstverhältnissen. Wenn eine launenhafte Dame von einem Dienstmädchen verlangen wollte, daß es kochen und das Gekochte wegwerfen soll, oder wenn sie Dienstleistungen beanspruchte, welche niemals einen vernünftigen Zweck haben können, sondern nur den Dienstboten erniedrigen oder zu unsinnigem Gebahren zwingen würden, so wäre dies Schikane und damit Eingriff in die Persönlichkeit.

Ebenso findet sich die Schikane im Anspruchsrecht, z. B. wenn jemand ein Inventar verlangt, wo zugestandenermaßen nichts oder soviel wie nichts vorhanden ist[2]). Oder wenn jemand Hinterlegung verlangt, wo bereits genügende Deckung vorliegt[3]).

4. Auch in der Prozeßbetätigung kommt die Schikane in Betracht. Insbesondere ist eine jede Klage schikanös, die ohne gesellschaftlichen Grund erhoben wird, wie z. B. wenn der Zessionar gegen den Schuldner klagt und ihm erst in der Klage von der Zession Kunde gibt, während der Schuldner bisher nur darum nicht zahlte, weil er von der Zession nichts wußte. Die ganze Bestimmung der §§ 93, 94 ZPO. beruht auf dem Gedanken der Schikaneklage. Weitere Arten der Prozeßschikane, vor allem durch unangemessenen Gebrauch der Rechtsbehelfe, durch arglistiges Leugnen u. dgl. sind im Prozeßrecht zu besprechen.

5. Auch das Vollstreckungsrecht bietet Anlaß zur Schikane. Eine Schikane kann z. B. in dem Antrag auf Sicher-

---

[1]) RG. 2. Januar 1905, Entsch. 60 S. 94, 102.
[2]) Vgl. RG. 10. Januar 1910, Entsch. 72 S. 384.
[3]) RG. 10. Dezember 1906, Entsch. 65 S. 10.

stellung im Versteigerungstermin liegen, wenn nicht die geringste Gefahr vorhanden ist[1]). Auch §§ 777, 812 ZPO. gehören hierher.

Eine solche Schikane ist aber dann nicht anzunehmen, wenn ich beispielsweise eine Aussonderungsklage erhebe, um die bei einem Dritten gepfändeten Gegenstände herauszuverlangen; dies ist auch dann keine Schikane, wenn ich selbst für die gleiche Schuld hafte, so daß der Gläubiger nunmehr gegen mich vorgehen und auf Grund eines vollstreckbaren Titels dieselben Sachen pfänden kann: niemand, gegen den kein vollstreckbarer Titel geht, ist verpflichtet, seine Sachen zur Vollstreckung darzubieten, und möglicherweise können auch noch Interessen anderer Gläubiger in Betracht kommen[2]).

X. Jeder Rechtsmißbrauch ist ein Unrecht; so auch das Schikanehandeln. Daraus geht hervor:

1. Liegt das mißbräuchliche Handeln im Bereich der Rechtsgeschäfte, so treten die Rechtsfolgen des normalen Rechtsgeschäfts nicht ein. Doch gibt es hiervon, namentlich im Prozeßrecht, Ausnahmen, wo vielfach die Reaktion gegen die Schikane auf mittelbarem Wege erfolgt.

2. Mit einem Anspruch mißbräuchlichen Inhalts kann man im Prozeß nicht durchdringen.

3. Auch die Selbsthilfe im Sinne des § 229 BGB. ist ein Unrecht, wenn sie für einen mißbräuchlichen Anspruch erfolgt.

4. Der Rechtsmißbrauch gibt keine Befugnis zum Notstandshandeln.

5. Der Rechtsmißbrauch ist ein Unrechthandeln, aus dem eine Schadensersatzpflicht hervorgehen kann, sofern der Beteiligte nicht schon durch die Negative gedeckt wird[3]). Wenn jemand einen Diener in schikanöser Weise behandelt, so kann dieser nicht nur die Dienste unterlassen, sondern er kann auch noch Entschädigung verlangen, sofern er durch die Bedrückung in seiner Gesamtheit Not gelitten hat. Hindert

---

[1]) RG. 1. Juni 1904, Entsch. 58 S. 214, 216.

[2]) Vgl. dazu RG. 26. Mai 1908, Entsch. 68 S. 426 (= JW. 37 S. 477).

[3]) RG. 1. Juni 1904, Entsch. 58 S. 214, 216.

ein Grundeigner widerrechtlich einen Flieger, so kann dieser Entschädigung verlangen, wenn infolgedessen der Flug verunglückt. Baut ein Nachbar Scheußlichkeiten vor ein Gasthaus, so muß er Entschädigung zahlen, wenn deshalb die Gäste wegbleiben. Daß zudem eine schikanöse Veranstaltung entfernt werden muß, und daß eine zu befürchtende Fortsetzung gerichtlich verboten werden kann, versteht sich von selbst. Der Rechtsgrund für den Schadensersatz- und den Negativanspruch liegt in der Verletzung der Persönlichkeit, mithin in § 823 BGB.

III. Sperrforts der Persönlichkeit. — Nameninstitut.

1. Allgemeines.

§ 3.

I. Ein Mittel, um die Personen zu individualisieren (zu verselbigen), ist der Name. So zunächst der gesetzliche Name, also Vor- und Familienname, wie er nach den Grundsätzen des Namenrechts erworben wird: eheliche Kinder erwerben den Familiennamen des Vaters (§ 1616), uneheliche den Familiennamen der Mutter (§ 1706), das Adoptivkind den Familiennamen des Adoptivvaters (§ 1758), die Ehefrau den Familiennamen des Mannes (§ 1355); während der Vorname durch Erklärung des maßgebenden Elternteils entsteht. Besondere Bestimmungen gelten über das Namenrecht der geschiedenen Frau (§ 1577) und des unehelichen Kindes einer Frau, die sich nachträglich verheiratet, worüber später Näheres darzulegen ist[1]). Hierher gehört aber auch der

---

[1]) Auch Bestimmungen früherer Zivilgesetzbücher geben die Privatrechtsnatur des Namens kund; z. B. Code civil Art. 347, bad. Landrecht Art. 299[a]; österreich. Gesetzbuch § 92, sodann §§ 146, 165, 182, wo zugleich vom Wappenrecht die Rede ist, vgl. hierzu Kaserer S. 16f., 21f., 26f.; sächs. Gesetzbuch §§ 1632, 1748, 1801, 1796; namentlich aber das preuß. Landrecht II, 1 §§ 192, 863, 864, II, 2 §§ 557, 559, 640, 682, 713, bezüglich des Wappens ib. II, 2 §§ 641, 684 u. a. Weitere zahlreiche statutarische Bestimmungen über den Familiennamen und seinen Erwerb durch eheliche oder uneheliche Geburt,

selbstgewählte Deckname, das Pseudonym, wenigstens in den Kreisen, in welchen sich ein Interesse danach geregt und ein entsprechender Gebrauch herausgebildet hat.

II. Die Verknüpfung des Namens mit der Person beruht bei uns auf nüchterner Erwägung. Nicht so bei den Völkern früherer Zeit, als das Recht noch in Verbindung mit religiös mystischen Ideen stand: hier war das Verhältnis der Person zum Namen ein sehr inniges und heiliges. Dies ist jetzt nicht näher darzustellen; zu bemerken ist nur:

Es ist eine sinnige Einrichtung, daß bei vielen Völkern die Namengebung ein feierlicher, mit religiösen Riten verknüpfter Akt ist; es ist eine sinnige Einrichtung, daß bei den Naturvölkern, wenn der Jüngling das Fest der Wiedergeburt, der Pubertätsweihe feiert, er einen neuen Namen erhält; ganz ähnlich wie noch in den antiken Mysterien dem Adepten häufig ein zweiter Name ad hoc gegeben wurde, woher es auch kommt, daß von vielen Personen Doppelnamen existieren. Und ebenso sinnig ist es, daß bei den Chinesen der Beamte mit dem Eintritt in sein Amt seinen alten Namen ablegen kann und der Kaiser seinen bisherigen Namen von selbst verliert — der Eintritt in das Staatsamt gibt der Persönlichkeit eine neue Wesenheit. Noch andere sinnige Gebräuche knüpfen sich an den Namen. Es liegt ein tiefer Sinn darin, wenn bei den Polynesiern im Fall des Freundschaftsbundes dem Freunde der eigene Name geliehen oder die Namen umgetauscht werden; es liegt ein tiefer Sinn in dem Gebrauche afrikanischer Völker, daß, wer jemanden getötet hat, einen anderen Namen annimmt, so in Borku, so bei anderen Stämmen; es liegt ein tiefer Sinn darin, daß Personen, welche sich vermeiden müssen, wie Schwiegereltern und Schwiegerkinder, es auch möglichst vermeiden, einander mit dem Namen zu nennen, ganz ebenso wie man den Namen des Toten vermeidet und ähnlich. Allüberall nimmt der Name teil an der Stellung, an der Wirksamkeit, an dem Gesamtwesen der Persönlichkeit. Und wie der Name das Kennzeichen der Einzelpersönlichkeit ist, so ist die Namensunselbständigkeit das Zeichen der Knechtschaft, weshalb der Herr den Sklaven mit beliebigem Namen bezeichnen durfte, und wenn in gewisser Beziehung der Name des Sklaven ehedem doch zur Geltung gelangte, als Arbeitsname, als Künstlername, so ist dies nur ein Beweis, wie wenig sich der natürliche Anspruch des Menschen auf Persönlichkeit durch positive Ordnung unterdrücken läßt.

Legitimation, Adoption, Eheschließung siehe bei Müller in Luthardts Blättern für administrative Praxis XXXI S. 225f., 241f. Über das österreichische Recht siehe, außer Kaserer S. 8f., Brunstein, Festschrift des Auslandes für Kohler S. 34f.

III. Der Familienname hat eine doppelte Beziehung: er soll nicht nur die Person, sondern auch die Familienangehörigkeit bezeichnen; sein Gebrauch durch einen Familienfremden kann daher auch nach dieser Richtung hin widerrechtlich sein, selbst wenn durch den Gebrauch eines besonderen Vornamens die Verschiedenheit der Personen in unwandelbarer Weise gekennzeichnet wird[1]). Der Vorname dagegen ist höchst persönlich und nur auf Bezeichnung der Person berechnet.

IV. Auch juristische Personen haben ein Namenrecht, vor allem auch Vereine[2]). Von eingetragenen Vereinen ist bestimmt, daß ihre Satzung einen Namen zu wählen hat, der nunmehr als Name des Vereins gelten soll, so §§ 57 und 65, und dieser Name soll von den Namen der an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bestehenden eingetragenen Vereine deutlich unterschieden sein (§ 57 BGB.). Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß der Name jedenfalls so gestaltet sein muß, daß er nicht zu Verwechselungen führt, ebenso wie er auch keine Unsittlichkeit und keine unerlaubten Beziehungen haben darf. Dieselben Grundsätze müssen auch für nicht eingetragene Vereine gelten, denn auch diese haben ein Namenrecht, schon darum, weil sie nicht nur im Verkehr als Vereine gelten, sondern auch relativ rechtsfähig (passiv klagefähig) sind[3]). Auch ein Namen-

---

[1]) Das moderne System der Geschlechtsnamen hat sich aus den familiären Beinamen allmählich entwickelt. Bei manchen deutschen Stämmen wurde das Kind nach einem der Großeltern benannt, so daß mit dem Namen zugleich die Art der Abstammung bezeichnet war, wie bei den Friesen, wo der älteste Sohn den Namen des väterlichen, der zweite Sohn den Namen des mütterlichen Großvaters erhielt, und das gleiche galt zwischen Tochter und Großmutter. Bei manchen Stämmen wurde der Name des Kindes aus dem Namen des Vaters und der Mutter zusammengesetzt, so daß in sinnreicher Weise die gedoppelte Abstammung des Kindes zutage trat, weshalb die älteren deutschen Personennamen meist aus zwei Wortstämmen gebildet sind. Vgl. Wiarda, Über deutsche Vornamen und Geschlechtsnamen S. 104f., 133f., 143f.; Andresen, Die altdeutschen Personennamen S. 2f.; Kriegk, Deutsches Bürgertum im Mittelalter N. S. 204f.; Stark, Kosenamen der Germanen S. 159f.; Kohler, Beiträge zur germanischen Privatrechtsgeschichte I S. 2.

[2]) RG. 7. Juli 1910, Entsch. 74 S. 114.

[3]) RG. 13. Dezember 1911, Entsch. 78 S. 101.

recht von Gemeinden hat man anerkannt[1]). So wurde in Preußen vom Oberverwaltungsgericht ausgesprochen, daß jede Gemeinde einen festen unverbrüchlichen Namen habe, der nur kraft königlicher Genehmigung geändert werden dürfe[2]).

V. Vor- und Familienname der physischen Personen sind in das Standesregister einzutragen; der Eintrag im Standesregister hat auch in dieser Beziehung die gewöhnliche Beweiskraft des § 15 PersonenStG.[3]). Für juristische Personen gilt das Vereinsregister und können auch noch sonstige Matrikel bestehen.

VI. Aus dem Namenrecht geht die Befugnis hervor, gegen jeden aufzutreten, welcher den Namen unberechtigterweise gebraucht, vorausgesetzt nur, daß dieser Gebrauch in das Interesse des Berechtigten eingreift, indem er zu der Anschauung führt, als ob der Dritte in einem Familien- oder Verwandtschaftsverhältnis zu ihm stehe und mit ihm in irgendeiner „namenmäßigen" Weise zusammenhänge. Die Befugnis gebührt dem Inländer und dem Ausländer; ihre Sanktion ist die gewöhnliche (§ 12 BGB.)[4]).

---

[1]) Vgl. die merkwürdige Entscheidung des Kassationshofs Waadt vom 22. April 1868 in Sachen der Gemeinde Ollon, in meiner Abhandlung Arch. f. bürg. Recht V S. 109:

Attendu qu'une commune, bien que n'ayant pas un nom de famille, peut néanmoins avoir un intérêt réel et direct à maintenir en sa faveur la possession exclusive d'un nom ou d'une dénomination qui a pour elle . . . l'importance d'un fait historique.

Que cette importance existe également pour elle, si son nom de localité attribué à une personne actuelle avait l'effet de rattacher celle-ci à un personnage historique de la commune."

[2]) OVG. 21. September 1900, Entsch. 38 S. 422, vgl. auch 20. Februar 1900, Entsch. 37 S. 116.

[3]) Vgl. KG. 3. Dezember 1903, bei Müser, Führung und Änderung der Familiennamen S. 52f. In Österreich erfolgt die Eintragung in das Matrikel- und Trauungsbuch.

[4]) Arch. f. bürgerl. Recht 5 S. 100f. Prozesse über Namenrecht finden sich im gemeinen, französischen, angloamerikanischen Recht schon aus früherer Zeit. Aus dem gemeinen Recht erwähne ich OAG. Darmstadt 19. April 1852, Seuffert 6 S. 11; OAG. Celle 7. Mai 1841, Seuffert 19 S. 180; OAG. München 19. August 1863, Blätter für Rechtsanwendung 28 (1863) S. 235 (vgl. auch OAG. Jena 2. Juni 1854, Seuffert 18 S. 70), namentlich aber RG. 22. Oktober 1881, Entsch. 5 S. 171, auch RG. 7. Mai 1880, Entsch. 2 S. 145, wo in gleicher Weise ein Klageantrag bezüglich des Geschlechtswappens

Je nach Umständen kann auch der Gebrauch eines häufigen Namens, wie Schulze und Meier, einen das Personen- und Familieninteresse verletzenden Eingriff enthalten, z. B. wenn eine geschiedene Frau widerrechtlich den Namen ihres geschiedenen Mannes weiterführen oder ein uneheliches Kind den Namen des Vaters widerrechtlich tragen wollte. Doch dies sind Ausnahmen. Wenn sich sonst jemand widerrechtlich Meier oder Müller nennt, so kann dies einer Person dieses Namens regelmäßig keinen Abtrag tun, da daraus auf keine Weise eine Verwechslung oder eine irrige Annahme der Familienangehörigkeit entstehen kann. Dies rührt daher, daß unser Namensystem sehr unvollkommen ist und viele Familien denselben Namen tragen, weshalb aus der Gleichnamigkeit nicht ohne weiteres auf Gleichheit oder Zusammengehörigkeit zu schließen ist.

Verschieden von einem derartigen Mißbrauch des Namens ist

1. der Mißbrauch des Namens zum Gebrauch für eine Personenbezeichnung im Roman, im Drama, in einem Scherzartikel[1],

2. der Mißbrauch des Namens zur Etablissements- oder Warenbezeichnung[2], zur Bezeichnung eines Tanzlokals[3]. Hierüber und über die Möglichkeit dagegen vorzugehen, ist anderweitig gehandelt worden.

VII. Daß sich jemand seiner Familie unwürdig macht, hat nicht den Verlust des Namens zur Folge. Ihm kann daher, so mißlich es für die Familie sein mag, die Weiterführung des Namens nicht untersagt werden. Jede Familie muß sich damit abfinden, daß sie auch unwürdige Glieder haben kann.

---

zugelassen wurde. Über angloamerikanisches Recht vgl. Reid versus Sibbald 10. April und 13. Mai 1874, Sebastian, Digest of cases of trade mark S. 263. Italienische Entscheidungen im Monitore dei tribun. 1882 S. 740, 1883 S. 836. Auch das österreichische Recht gibt eine Privatklage zum Schutze des Namens, vgl. Brunstein in der Festgabe des Auslandes für Kohler S. 41 (Entsch. des Obersten Gerichtshofs vom 3. Dezember 1908).

[1]) Arch. f. bürg. Recht V S. 77f., XXVII S. 196f.

[2]) Warenzeichenrecht S. 109, 121f., Unlauterer Wettbewerb S. 118f.

[3]) KG. März 1901, M. II S. 312.

VIII. 1. Während bei juristischen Personen, abgesehen von den Gemeinden[1]), ein ziemlich freies Namenrecht gilt, wird den bürgerlichen Personen der Name durch das Recht entgegengetragen: sie bekommen ihn, sie können ihn nicht beliebig wandeln. Eine Änderung ist jedoch mit obrigkeitlicher Genehmigung statthaft, welche aber erst nach vorheriger Prüfung der Verhältnisse und häufig nach erfolgtem öffentlichen Aufgebot oder erfolgter Anfrage erteilt wird, damit die etwa interessierten Personen dagegen Einspruch erheben können. Die Genehmigung des Namenwechsels ist Sache der Verwaltung, sie erfolgt gewöhnlich entweder durch das Staatsoberhaupt (namentlich wenn es sich um adelige Namen handelt) oder durch ein Regierungsorgan; so insbesondere in Preußen nach Verordnung vom 9. August 1867 durch die Bezirksregierungen (früher galt Verordnung vom 15. April 1822)[2]). Eine Ausnahme ist später weggefallen[3]).

---

[1]) Über Gemeinden vgl. oben S. 24.

[2]) Die Verordnung von 1867 sagt hierbei:

„Es ist daher bei Prüfung der betreffenden Anträge vorzugsweise darauf das Augenmerk zu richten, ob denselben Bedenken polizeilicher Natur entgegenstehen, namentlich ob die Gewähr zu Verdunkelungen von Familiennamen führen könnte, ob mit Rücksicht auf die Führung des Betreffenden ein Mißbrauch der nachgesuchten Erlaubnis zu besorgen sein möchte u. dgl.

Indes ist daneben auch auf das Privatinteresse der beteiligten Familie insofern Rücksicht zu nehmen, als da, wo ein solches ersichtlich ist, die nächsten Angehörigen desjenigen, von dem oder für den die Genehmigung nachgesucht wird, darüber zu hören sind, ob sie dem Antrage ihrerseits zustimmen."

Die badische Verordnung vom 16. Dezember 1875 §§ 2 und 3 besagt:

„Das Justizministerium prüft das Gesuch nach Vernehmung des Amtsgerichts, des Standesbeamten sowie der Ortspolizeibehörden und beschließt, wenn es ihm nicht gleichbald verwerflich scheint, die einmalige Bekanntmachung desselben durch den Staatsanzeiger und die Karlsruher Zeitung.

Innerhalb dreier Wochen, vom Tage dieser Bekanntmachung an gerechnet, haben diejenigen, welche gegen die Bewilligung des Gesuches Einsprache erheben wollen, solches mit den Gründen, worauf ihre Einsprache beruht, zur Kenntnis des Justizministeriums zu bringen."

[3]) Sollte einem adulterinus der Name seines Erzeugers gegeben werden, so war früher ministerielle Genehmigung nötig; dies ist

2. Die Genehmigung der Behörde hat genehmigenden, nicht namenerteilenden Charakter. Den neuen Namen erwirbt die Person dadurch, daß sie nach erfolgter Genehmigung von ihm öffentlichen Gebrauch macht[1]); was auch dadurch geschehen kann, daß sie den Namen ins Standesregister eintragen läßt (dies ist mitunter besonders vorgesehen). Im übrigen kann ein jeder noch nach der Genehmigung erklären, daß er von dieser Befugnis keinen Gebrauch macht[2]). Die Erklärung, welche den Namensgebrauch enthält, ist der Akt der Namensannahme; er ist eine Rechtshandlung des Personenrechts, welche den Grundsätzen der Rechtshandlungen unterliegt, insbesondere was die Geschäftsfähigkeit und die Anfechtbarkeit wegen Drohung betrifft.

3. Für die behördliche Genehmigung ist noch folgendes zu bemerken:

a) Bei der Namensänderung ist darauf zu sehen, daß die Mitglieder einer Familie den gleichen Familiennamen haben, denn es führt natürlich zu Verwechslungen und Unzuträglichkeiten, wenn Eltern und Kinder sich verschieden nennen. Doch kommt es allerdings nicht selten vor, daß z. B. Juden ihren Namen beibehalten, den Söhnen aber einen anderen geben

---

durch Erlaß vom 20. Januar 1910 geändert worden: es entscheidet auch hier die Regierung.

[1]) So die preuß. Verordnung, so auch schon das Gesetz vom germinal XI (le gouvernement autorisera le changement) und die dem Gesetz entsprechende Praxis, z. B. Appellhof Orléans 27. April 1866, Appellhof Grenoble 5. Juli 1870, Dalloz 66 II S. 224, 70 II S. 206. Vgl. auch Dalloz, v. Nom nr. 177. Fehlerhaft die badische Verordnung vom 16. Dezember 1875, wonach das Justizministerium, wenn es das Gesuch als zulässig erklärt, „gleichzeitig dem Standesbeamten eine Abschrift der Entscheidung mit Weisung zufertigt, die Namensänderung am Rande des Geburtsregisters zu vermerken". Dies greift vor; richtiger die Oldenburger Verordnung vom 28. August 1826, wonach der Namenstauscher die Eintragung ins Register selbst zu veranlassen hat.

[2]) Es ist der Fall vorgekommen, daß jemand wegen Mißheirat durch die Familie gedrängt wurde, die Genehmigung zum Namenwechsel nachzusuchen, daß er diese Genehmigung wirklich erhielt, sich aber nachträglich weigerte, den neuen Namen anzunehmen. Dazu war er berechtigt.

lassen[1]). Im Zweifel haben, wenn die Eltern ihren Namen ändern, auch die volljährigen Abkömmlinge mindestens die Befugnis, am Namenwechsel teilzunehmen.

b) Eine der Genehmigung bedürftige Namensänderung liegt auch dann vor, wenn eine veränderte Schreibweise dem Namen eine andere Gestalt gibt; denn der Name ist nicht bloß zum Hören, sondern auch zum Lesen bestimmt. Insbesondere ist vielfach der Mißbrauch geübt worden, deutsche Namen durch ihre Schreibweise zu polonisieren[2]); dies ist unstatthaft[3]).

c) Für den Vornamen hat man lange Zeit die Befugnis freier privater Änderung angenommen, und insbesondere war eine solche Änderung bei Juden mit ungewöhnlichen Vornamen nicht selten. Früher wurden darum Abänderungsanträge für Vornamen als unnötig zurückgewiesen. Dies ist nunmehr anders geworden. Man wurde auch in bezug auf den Vornamen strenger[4]): jetzt verlangt man auch in dieser Beziehung eine Genehmigung der Behörden, und diese Genehmigung wird wie bei Familiennamen erteilt[5]). Manche Landesgesetze haben allerdings für die Änderung des Vornamens erleichternde Bestimmungen; so genügt in Baden[6]) die Genehmigung des Amtsgerichts.

---

[1]) In Preußen ist durch Ministerialerlaß vom 23. August 1900 besonders vorgesehen, daß bei Namenwechsel auf die Einheitlichkeit der Familie Rücksicht genommen werde, weshalb die Kinder einzeln angegeben werden müssen, und sowohl die Ehefrau als auch die volljährigen Kinder zu erklären haben, daß sie sich für ihre Person der Namensänderung anschließen.

[2]) Vgl. OVG. 18. Juni 1901, Entsch. 39 S. 403.

[3]) Für die Gemeindebenennung in Preußen hat das Oberverwaltungsgericht am 21. September 1900, Entsch. 38 S. 422, allerdings angenommen, daß zwar zur Namensänderung königliche Genehmigung erforderlich sei, die Schreibweise aber schon kraft Genehmigung des Regierungspräsidenten geändert werden dürfe.

[4]) Für die Unstatthaftigkeit der Änderung sprach eine bayrische Ministerial-Entsch. vom 20. Dezember 1877 (Bl. f. adm. Praxis XXVIII S. 363) und eine sächsische Entsch. (bei Müller ebenda XXXI S. 268), sodann das RG. 17. September 1897.

[5]) Vgl. auch preuß. MinErl. 15. August 1898.

[6]) Verordnung vom 16. Dezember 1875 § 5.

IX. Das Nameninstitut darf gebraucht, es darf nicht mißbraucht werden; davon wurde bereits oben S. 8 gesprochen. Ein Mißbrauch kann darin liegen, daß jemand den Vornamen abkürzt, um Verwechslung zu schaffen[1]); an sich allerdings ist jeder berechtigt, den Vornamen zu kürzen, nur das Firmenrecht macht eine bekannte Ausnahme (§ 18 HGB.).

X. Wer seinen Namen auf Grund einer behördlichen Genehmigung trägt, begeht keinen Namenseingriff; allerdings wird es Sache der Verwaltungsbehörde sein, bei der Genehmigung des Namenswechsels darauf zu achten, daß die Änderung nicht in berechtigte Interessen anderer eingreift, weshalb vielfach ein Aufgebot stattfindet. Wird aber dies übersehen und wird der Name dennoch gestattet, so ist der Gebrauch des Namens zwar unverfänglich, aber es kann hier ganz besonders die Pflicht entstehen, bei diesem Gebrauch alle Vorsichtsmaßregeln anzuwenden, um nicht eine naheliegende Verwechslung herbeizuführen; auch hier darf eben der Gebrauch des Namenrechts nicht zum Mißbrauch werden.

XI. Die Adelsbezeichnung gehört ebensowenig zum Namen als die Titelbezeichnung. Wenn jemand die Erlaubnis erlangt, sich eines adeligen Namens zu bedienen, so liegt darin nicht nur eine Namenserteilung, sondern auch eine Adelsgewährung: das eine ist dem anderen gegenüber selbständig; ein Name mit Adelsbezeichnung kann natürlich nur durch den Landesherrn gewährt werden, weil dies eine Adelung mit enthält, welche nur ihm zusteht. Ob die Kinder und die Frau den Adelstitel führen dürfen, ist daher Sache des öffentlichen Adelsrechts, nicht Sache des bürgerlichen Namenrechts[2]), so namentlich was die Frage betrifft, ob durch Ehelichkeitserklärung oder durch Adoption oder durch Gestattung des nachmaligen Ehemannes der unehelichen Mutter (§ 1706) die Adelsbezeichnung übertragen werden kann[3]). Auf solche Weise kann es vorkommen, daß Kind und Ehe-

---

[1]) Über Österreich vgl. Entsch. des Verwaltungsgerichtshofs vom 18. Oktober 1899 bei Brunstein, Festgabe des Auslandes für Kohler S. 36.

[2]) So auch preuß. MinErl. vom 14. Mai 1900.

[3]) Über Preußen vgl. die noch gültige Bestimmung des LR. II, 1 §§ 193, 738—740, II, 2 §§ 641, 684 und II, 9.

frau den Namen führen, die Adelsbezeichnung aber weglassen müssen. Dies ist nichts Außergewöhnliches: jeder Name kann die Adelsbezeichnung tragen und jeder Name kann der Adelsbezeichnung entbehren. Es ist auch jedem, der auf den Adel verzichtet (was z. B. ein Bürger der Vereinigten Staaten tun muß)[1]), gestattet, den Namen zu behalten und die Adelsbezeichnung wegzulassen. Doch gilt folgendes:

1. Der Adel wird der Persönlichkeit für ihren Namen und nur in Verbindung mit ihrem Namen verliehen. Nimmt man einen anderen Namen an, so darf man den Adel nicht darauf übertragen[2]).

2. Die mit dem Namen verbundene Adelsbezeichnung (insbesondere mit dem Worte „von") ist nicht nur Adelsgebrauch, sondern auch Führung eines adligen Namens, daher, wenn der Adel fehlt, unberechtigte Namensführung[3]).

XII. Für den Streit um Adel und Adelsbezeichnungsrecht gelten besondere landesgesetzliche Bestimmungen, über welche hier nicht weiter zu handeln ist[4]).

XIII. 1. Dem Namen steht das Wappen nahe; auch dieses ist eine geschichtliche Erscheinung zur Kennzeichnung der Familie. Schon Bartolus hat in seiner berühmten Schrift über die Insignia seinen Schutz verlangt[5]). Auch das RG. hat ihn anerkannt, auch für Körperschaften[6]).

2. Der Erwerb des Wappenrechts erfolgt durch Verleihung; dieser steht aber der althergebrachte Gebrauch gleich.

3. Über die sonstigen Insignia, die Etablissementsbezeichnung, über Firma und Marke kann ich auf meine früheren

---

[1]) Über Schweizer Verhältnisse vgl. Pl. Meyer v. Schauensee im Schweizer Zentralbl. f. Staats- u. Gemeindeverwaltung II nr. 11 u. 12, und „Über die Namensführung des Luzerner Patriziats".

[2]) Vgl. auch KG. 31. März 1898 bei Müser S. 43.

[3]) RG. 30. November 1903, JW. 33 S. 53 und RG. 2. Februar 1905, JW. 34 S. 166.

[4]) Über das Preußische Heroldsamt und seine Stellung vgl. meine Abhandlung in Goltd. 59 S. 193, wo auch die weitere Literatur. Über Bayern vergleiche V. Beilage zur bayrischen Verfassung und Entsch. des Obersten Gerichtshofs 14. März 1857 (Bayr. Regierungsbl. 1857 S. 270f.).

[5]) Warenzeichenrecht S. 28.

[6]) RG. 27. Mai 1909, JW. 38 S. 411 = Entsch. 71 S. 263.

Werke, namentlich Warenzeichenrecht S. 3ff., Unlauterer Wettbewerb S. 106f., verweisen; über die Auszeichnungstitel (Hoflieferant usw.) auf meine Abhandlung in der Rheinischen Zeitschrift 1 S. 464[1]).

XIV. Geschichtlich und rechtsvergleichend ist folgendes beizufügen.

1. Das ganze gemeine Recht war von der lex unica Cod. de mutat. nominis geleitet, welche jedem das freie Recht des Namenwechsels zuerkannte, vorausgesetzt, daß dies *sine aliqua fraude* geschah[2]). Man stellte also die ganze Sache auf die Lauterkeit und Unlauterkeit des Tuns ab: ein besonderes Namenrecht gab es nicht. Die Unlauterkeit konnte natürlich vor allem darin bestehen, daß jemand sich in eine fremde Familie hineindrängen und an den Vorteilen dieser Familie teilnehmen wollte[3]). Die Strafe der Unlauterkeit war die schwere *poena falsi*.

2. Die Landesgesetze konnten sich im Interesse der öffentlichen Ordnung bei einem solchen Stand der Sache nicht beruhigen; sie kamen immer mehr dazu, ein bestimmtes, vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgetrenntes Namenrecht einzuführen und die Namensänderung an obrigkeitliche Genehmigung zu binden. Besonders mußte das Adelsrecht und der häufige Mißbrauch adeliger Namen dahin drängen.

3. In Frankreich bestimmte die Ordonnanz von Heinrich II. vom 26. März 1555 a. 9 folgendes:

„Pour éviter la supposition du nom et des armes, défenses sont faites à toutes personnes de changer de nom, sans avoir obtenu des lettres de permission et dispense, à peine de 1000 livre d'amende, d'être punies comme faussaires et privées des degrès et privilèges de la noblesse."

Von dieser Genehmigung wurde vielfach Gebrauch gemacht; der erste bekannte Fall ist von 1572: der Casus Crequi. Es werden dann noch einige weitere Ordonnanzen erwähnt (vgl. Recueil Général des lois XX S. 333), so 1560, 1576, so die Ordonanzen von Blois 1579 a. 257, ein Edikt von 1583 a. 1, ein Edikt von Heinrich IV. von 1600 und von Ludwig XIII. von 1634. Im übrigen bestimmte noch die Ordonnanz von Louis XIV. vom Januar 1629 a. 12, daß

---

1) Vgl. auch v. Martitz in der Festschrift für Gierke I S. 169.

2) Vgl. auch fr. 65 § 10 ad SC. Trebell., fr. 13 pr. de lege Corn. de fals., Paull. Sent. V 25 § 11.

3) Für das gemeine Recht Leyser, Med. ad Pand. IX sp. 616 med. 1; Hermann, Arch. f. ziv. Praxis 45 S. 160; für das österreichische Recht Kaserer, Über Personennamen S. 31f., Brunstein in der Festschrift des Auslandes für Kohler S. 34f.

die Adelsleute ihre Familienurkunden mit ihrem Familiennamen, nicht mit dem Namen ihres Herrensitzes unterzeichnen sollten, welche Ordonnanz aber bloß fiskalische Gründe hatte und nicht viel beachtet wurde.

Die Verordnung der Revolution vom 24. brum. II ließ wieder volle Zügellosigkeit zu und verlangte nur Anmeldung des Namens auf dem Gemeindeamt. Dies führte aber zu den größten Mißlichkeiten, da jeder einfältige Tropf sich Sokrates oder Aristides zu nennen begann, so daß man es bald darauf ändern mußte (6. fruct. II und 19. niv. VI); maßgebend wurde die Verordnung vom 2. germ. XI, welche besagte:

„Tit. 2. Des changemens de noms.

4. Toute personne qui aura quelque raison de changer de nom, en adressera la demande motivée au gouvernement.

5. Le gouvernement prononcera dans la forme prescrite pour les règlemens d'administration publique.

6. S'il admet la demande, il autorisera le changement de nom, par un arrêté rendu dans la même forme, mais qui n'aura son exécution qu'après la révolution d'une année, à compter du jour de son insertion au bulletin des lois.

7. Pendant le cours de cette année, toute personne y ayant droit, sera admise à présenter requête au gouvernement pour obtenir la révocation de l'arrêté autorisant le changement de nom; et cette révocation sera prononcée par le gouvernement, s'il juge l'opposition fondée.

8. S'il n'y a pas eu d'oppositions, ou si celles qui ont été faites n'ont point été admises, l'arrêté autorisant le changement de nom aura son plein et entier effet à l'expiration de l'année.

9. Il n'est rien innové, par la présente loi, aux dispositions des lois existantes, relatives aux questions d'état entrainant changement de noms, qui continueront à se poursuivre devant les tribunaux dans les formes ordinaires."

4. In Italien verlangt das Regolamento organico della Stato civile vom 15. November 1865 königliche Genehmigung.

5. Für Preußen gilt folgendes: Auch hier war gemäß der l. unica die Vertauschung des Namens gestattet, wenn sie nicht in betrügerischer Absicht geschah, und dies war auch noch teilweise der Standpunkt des Preußischen Landrechts II, 20 § 1440 a und b, wo zwar auch die Annahme eines Namens ohne unerlaubte Absicht polizeilich gestraft wurde, aber doch nur dann, wenn es sich um die Annahme eines fremden Familiennamens handelte, d. h. eines Namens, der bereits von anderen Familien getragen wurde, so daß die Änderung des Namens in eine neutrale Bezeichnung ohne weiteres als statthaft erschien. Erst durch Verordnung vom 30. Oktober 1816 wurde auch in Preußen der Grundsatz aufgestellt,

daß sich niemand eines ihm nicht zukommenden Namens bedienen dürfe, und daraufhin erging dann die Verordnung vom 15. April 1822 über die Namensänderung. Durch Verordnung vom 12. August 1867 wurde bestimmt, daß diese Änderung, soweit es sich nicht um adlige Namen handle, durch die Bezirksregierung erfolge.

Was die Juden betrifft, so wurde ihnen durch Edikt vom 11. März 1812 und Instruktion vom 25. Juni 1812 die freie Annahme eines Familiennamens gestattet, und späterhin haben die Juden vielfach geglaubt, sich, wenn sie zum Christentum übertraten, beliebig einen anderen Namen geben zu dürfen. Durch Ministerialerlaß vom 25. September 1903 wurde ausdrücklich erklärt, daß bei ihnen keine anderen Grundsätze gelten als sonst.

6. In früheren Zeiten hatte der Brauch eine große Rolle gespielt. Auch in den Ländern, in welchen die lex unica nicht galt und zur Namensänderung eine fürstliche Zustimmung gehörte, hatte sich doch sehr oft die Sitte eingenistet, daß man sich andere Namen beilegte. Daraus entstanden manche Verwickelungen, indem nicht selten derjenige, der ein Gut veräußerte, den Namen weiter behielt. Die Jurisprudenz ist voller Aussprüche über die Bedeutung des langjährigen Gebrauchs und seine Voraussetzungen; man verlangte einen lange dauernden ununterbrochenen und möglichst unbestrittenen „Besitzstand“[1]).

Seitdem ist man auch in dieser Art strenger geworden; der langjährige Gebrauch eines unrichtigen Namens soll keine Berechtigung gewähren, selbst dann nicht, wenn der Name schon vom Vater her gebraucht wurde. Das Kammergericht vertrat hier zwar noch zeitweise einen freieren Standpunkt; so in dem Urteil vom 30. September 1901, wonach jemand einen Namen weiter führen dürfe, den sein Vater geführt und den er dann bei der Geburt übernommen habe. Dies wurde aber durch späteres Urteil des Kammergerichts vom 3. Dezember 1903 geändert[2]). Ich glaube, daß die neue Rechtsprechung zu streng ist und man sich bei der früheren Abmilderung hätte beruhigen können. Jedenfalls darf man in dieser Beziehung nicht zurückgehen auf Zeiten, in welchen noch das freie Namensbestimmungsrecht galt; denn wenn jemand damals einen anderen Namen angenommen hatte, so war er dazu berechtigt. Hat man doch auch in anderen Ländern, wo man eine freie Namenwahl nicht mehr anerkannte, dem langjährigen Gebrauch eine größere Bedeutung beigemessen[3]).

---

[1]) Vgl. die zahlreichen Nachweise in meinem Aufsatz im Arch. f. bürg. Recht 5 S. 100f.; jetzt auch KG. 4. April und 3. Oktober 1913, Joh. 45 A Nr. 20.

[2]) Vgl. Müser S. 52f.

[3]) Vgl. meine zit. Abhandlung.

2. Deckname (Pseudonym).

§ 4.

I. Neben der bürgerlichen Bezeichnung durch Vor- und Zunamen hat sich in künstlerischen und schriftstellerischen Kreisen der Gebrauch eines Pseudonyms, eines **Decknamens** zur Bezeichnung der Person in ihrem künstlerischen Wirken, entwickelt[1]). Diese Entwicklung ist eine berechtigte.

„Im Geschäftsleben gilt kein Pseudonym, das reale Leben sträubt sich gegen die Phantastik des Verkleidens; aber Pseudonyme gibt es in der Künstler- und Schriftstellerwelt; hier ist die Verkleidung angebracht: der Autor darf hinter dem Kunstwerke zurücktreten, das liegt in der objektiven Natur des Kunstwerks begründet. Damit aber innerhalb dieser Schranken an dem Pseudonym ein individuelles Namenrecht entstehe, ist es nötig, daß der Autor sich des Pseudonyms in einer solchen Weise bedient hat, daß ein lesendes Publikum mit dem Pseudonym eine bestimmte bekannte oder unbekannte Persönlichkeit verknüpft, so daß es ein jedes unter dem gleichen Pseudonym erscheinende Buch als das Buch desselben (persönlich bekannten oder unbekannten) Autors betrachtet. Daß das Publikum den Autor mit einer bestimmten bürgerlichen Persönlichkeit verknüpft, ist nicht nötig: der Autor kann als unbekanntes X gelten, aber es muß eben dieses X als der Träger schriftstellerischer Werke von den übrigen Schriftstellern unterschieden werden; es ist ein Versteckspiel, ein Maskenspiel, wobei die eine Maske von allen anderen unterschieden bleiben soll und das Recht hat, unterschieden zu bleiben“[2]).

II. Der Gebrauch des Decknamens ist also nicht Willkür des einzelnen, sondern eine allgemeine Übung in der Schriftsteller-, Künstler- und Schauspielerwelt, und vielfach geboten teils durch das Bedürfnis, sich hinter dem Namen zu decken und unerkannt zu bleiben (Decknamen), teils durch das Bestreben, beim Auftreten als Künstler einen vulgären oder trivialen Namen abzulegen, der von vornherein gegen ihn einnehmen könnte. Der auf solche Weise geführte Deckname ist eine vollgültige Verkehrsbezeichnung der Person und muß den gleichen Namensschutz genießen wie der bürgerliche Name; das Gegenteil würde die Verhältnisse des Lebens verkennen und die Übung des Gelehrten- und Künstlerstandes für ein völliges Nichts erklären, was ganz der Aufgabe des

---

[1]) Manes, Recht des Pseudonyms, und dazu meine Besprechung im Jur. Literaturbl. XI S. 60; Hitzig, Schriftstellerpseudonym (1906).

[2]) Arch. f. bürg. Recht V S. 79.

Rechtes widerspräche. Der § 12 BGB. gibt einen genügenden Anhalt, um auch diesen Namen zu schützen[1]); denn § 12 spricht nicht etwa von Familiennamen, sondern überhaupt von Namen und von dem Namenrecht; welches aber der berechtigte Name ist, wird im BGB. durchaus nicht näher bezeichnet: es muß daher als selbstverständlich gelten, daß, soweit nicht Einzelbestimmungen des Gesetzbuchs vorhanden sind, die anerkannten Umstände des Lebens einen Namen mit der Persönlichkeit verknüpfen können, und daraus ergibt sich von selber, daß der Deckname als ebenso berechtigt anzusehen ist, wie der Vor- und Familienname.

III. Decknamen aber können nur solche Bezeichnungen sein, welche in der Fassung aussehen wie der gewöhnliche Name einer Person, denn sie sollen diesen Namen ersetzen, sollten sie im übrigen auch aus der Mythologie, der Sage, der Dichtung herstammen; Namen wie Kaliban, armer Heinrich, Plutus, Pseudulus, Hamlet, Timon sind als Decknamen möglich, ebensogut wie irgendwelche sonstige Phantasiebezeichnung. Möglich ist auch als Deckname eine Appellativbenennung, sofern sie als eigengeartete Bezeichnung aus der Liste der sonstigen Appellativbezeichnungen heraustritt, wenn sich z. B. jemand als „deutscher Grenzwächter", „Bauernfreund", als der „Unerschrockene" usw. unterzeichnet.

Im übrigen gilt vom Decknamen die gewöhnliche Regel: sie dürfen nicht unsittlich sein, sie dürfen auch nicht in das Namenrecht eines anderen eingreifen[2]).

IV. Der Deckname wird gewöhnlich für künstlerische oder literarische Zwecke verwendet, möglicherweise nur für einen beschränkten Kreis von Tätigkeiten, z. B. für die Unterzeichnung von Zeitungsartikeln; möglicherweise aber wird er so ausgiebig im Leben gebraucht, daß man den wahren Namen ganz vergißt und unter dem Decknamen ohne weiteres die Persönlichkeit selber versteht. Bei manchen Künstlern und Künstlerinnen ist auf diese Weise der Familienname

---

[1]) Über den Schutz in fremden Rechten vgl. meine Abhandlung im Arch. f. bürg. Recht V S. 79f. So wurde vom Supreme Court New York 1873 der Deckname Mark Twain geschützt.

[2]) Vgl. meine Abhandlung im Arch. f. bürg. Recht V S. 78f. und die dort erwähnten Entscheidungen.

ganz verschwunden, und viele Maler und Bildhauer sind in ihrem wahren Namen nur dem Kunstforscher bekannt, während ihr Deckname der allgemeinen Bildung angehört. In solchen Fällen muß die Unterzeichnung einer Urkunde, z. B. eines eigenhändigen Testamentes[1]), mit dem Decknamen als gültig angesehen werden. Dies ist allerdings sehr zu widerraten, denn es widerspricht dem Charakter des Decknamens: dieser soll im Kreise der Kunst bleiben; daher hat insbesondere auch die Behörde die Befugnis, von jedem, auch dem Künstler, seinen bürgerlichen Namen zu erfahren.

V. Decknamen, die in beschränkter Weise, namentlich zur Unterzeichnung von Zeitungsartikeln, gebraucht werden, sind übrigens wohl zu unterscheiden von Zeitungsrubriken, welche nicht den Zweck haben, die Herkunft eines Artikels von einer bestimmten Person mitzuteilen, sondern eine bestimmte Art des literarischen Stils und eine besondere Form volkstümlicher Gedankenentwicklung kundzugeben. Auf solche Weise kann in Zeitungen eine ganz besondere Art wiederkehrender Darstellungen geprägt werden, welche dann, einmal begonnen, weiter fortgeführt zu werden pflegt. Eine solche Titel- und Rubrikenbezeichnung verbindet oft mehrere Namen, wie z. B. Müller und Schulze im Kladderadatsch, als Literaturform des Dialogs zweier eigenartiger Typen, oder wie Blätter und Blüten oder Rosamundens Bekenntnis usw. Derartige Worte oder Wortverbindungen werden natürlich nicht als Deckname gesetzt und können nicht zu Decknamen werden: sie sind Rubrikentitel, also partielle Zeitungstitel, und gehören daher als Zeitungstitel dem Zeitungsverleger, der sie behält, auch wenn der Redakteur wechselt; weshalb auch, wenn etwa der Redakteur vertreten wird und ein Nebenredakteur diese Rubriken ausfüllt, die Bezeichnungen bleiben können; sie können auch bleiben, wenn sie abwechselnd von ganz verschiedenen Personen verfaßt werden. Doch dieses Recht der Zeitungstitel gehört nicht mehr dem Gebiete des Bürgerlichen Gesetzbuchs an; darüber ist auch bereits anderwärts gehandelt worden[2]).

---

[1]) Oder eines Wechsels, KG. 22. April 1912, M. 26 S. 226.

[2]) Urheberrecht an Schriftwerken S. 467f., 473f.

II. Buch.

Ehe.

I. Abschnitt.

Vorehe (Verlöbnis).

I. Wesen.

(Enzyklopädie II S. 137.)

§ 5.

I. Die alten Rechte, auch die indogermanischen, unterschieden zwischen Verlobung und Übergabe der Braut in der Art, daß die Verlobung bereits eine bindende Wirkung habe, aber die Personengewalt des Ehemannes an der Frau erst mit der Übergabe eintrete; wobei aber allerdings nicht ausgeschlossen war, daß bestimmte personenrechtliche Folgen bereits der ersteren Periode angehörten. Bei der überall verbreiteten Sitte der Kinderverlobung war dies nicht anders möglich: die Zeit der Reife mußte abgewartet werden: vorher bestand ein gewisser Zusammenhalt, und es bestand eine Pflicht, die Braut seinerzeit zu holen und zu geben: dann aber wurde das Mädchen dem Verlobten überantwortet und es trat nun in sein Haus und in seine Gewalt ein; oftmals fand bei dieser Gelegenheit eine Art von Nachhochzeit statt.

Alles dies hat sich bei uns völlig umgestaltet; die Verlobung enthält nicht mehr eine schuldrechtliche Bindung zur Eheschließung; aber auch die Ehe ist anders geartet: sie ist ein Vertrag, aber kein Vertrag, worin die Braut von der Familie übergeben wird, sie ist eine Sache freier Entschließung der Eheleute. Besteht daher noch heutzutage eine Verlobung, so hat sie eine andere Bedeutung und einen anderen Sinn, und der Versuch, den man s. Z. gemacht hat, die kirchliche Trauung in die bürgerliche Ehe einzufügen,

als ob die bürgerliche Ehe der Verlobung, die kirchliche der Trauung entspräche, war eine völlige Mißkennung des heutigen Rechtszustandes.

II. Verlöbnis ist nicht Eheschließung wie ehedem, auch nicht eine schuldrechtliche Verbindlichkeit, die Ehe einzugehen wie ebenfalls früher und wie noch jetzt in England. Das Verlöbnis ist vielmehr die Eingehung eines rechtlich neutralen Verhältnisses, welches den Brautleuten im gesellschaftlichen Leben eine Annäherung, Aussprache und damit eine gegenseitige Prüfung ermöglicht, nach der Richtung, ob eine von ihnen einzugehende Ehe den ethischen Anforderungen der Ehe entspricht. Daß einer Ehe ein Ehehindernis entgegensteht, hindert die Natur des Verlöbnisses nicht[1]) und kann nur für das Entschädigungsrecht von Bedeutung sein.

III. Aus dem Verlöbnis geht daher kein Anspruch auf Eingehung der Ehe hervor, auch kein Anspruch auf Zuwendung der Vermögensvorteile, welche der andere Teil hätte, wenn die Ehe abgeschlossen worden wäre; auch eine Vertragsstrafe für den Fall der Nichteingehung der Ehe ist ausgeschlossen (§ 1297).

Aus dem Verlöbnis kann auch kein Anspruch auf Genugtuung hervorgehen, wenn der eine Teil das Verhältnis löst, denn die Lösung des Verlöbnisses ist nicht Verletzung einer durch Versprechen eingegangenen Pflicht; sie enthält auch an sich nichts Beleidigendes. Auch ein Engel kann möglicherweise für den Bräutigam oder die Braut nicht zur Ehe passen. Der Gedanke des beleidigenden Charakters liegt in dem Fehlschluß, als ob eine jede ordentliche Person für eine andere ordentliche Person zur Ehe tauge, so daß die Lösung des Verlöbnisses dem anderen einen Makel anhefte. Dies ist zutreffend in den Zeiten mangelhafter Individualisierung, wo die Einzelpersönlichkeit in ihrem Denken und Fühlen nicht aus der Gesamtheit hervortritt; ganz anders ist es in einer Zeit wie der unsrigen, wo das Ausleben der Persönlichkeit eine so große Rolle spielt[2]).

---

[1]) RG. 7. Dezember 1907, Entsch. St. 40 S. 420.

[2]) Ganz verkehrt RG. 24. Januar 1907, JW. 36 S. 178: „Die Lösung des Verlöbnisses soll nur unter Umständen berechtigt sein, welche „nach der in den Gesellschaftskreisen der Verlobten

IV. Das Verlöbnis ist ein neutrales Verhältnis[1]), kein Rechtsverhältnis, die Verlobung ein neutraler Akt, keine Rechtshandlung. Die Verlobung kann auch eingegangen werden von einem Geschäftsunfähigen, und ein Geschäftsbeschränkter bedarf der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht. Die Frage, ob eine Haftung aus dem Verlöbnis hervorgeht, ist nicht eine Frage des Rechts-, sondern des Unrechtsverkehrs.

Dem widerspricht es nicht, daß mit dem neutralen Verhältnis einige Rechtsfolgen verknüpft sind, nämlich das Angehörigkeitsverhältnis mit allen seinen Ausläufern (§ 52 StGB., §§ 383, 389 ZPO., §§ 51, 54 StPO.).

V. Das Verlöbnis ist ein Verhältnis des Familienverkehrs. Die Kategorien des Rechtsverkehrs finden nur insofern Anwendung, als sie zugleich Kategorien des Familenverkehrs sind: also genügende seelische Entwicklung, Ernstlichkeit, Irrung, Zwang, Betrug[2]). Was die Ernstlichkeit betrifft, so ist

---

herrschenden Auffassung bei einer sachlichen, die Umstände des einzelnen Falles berücksichtigenden Würdigung geeignet gewesen wären, den zurücktretenden Verlobten von der Eingehung des Verlöbnisses abzuhalten". Natürlich: ist die Person brav und rechtschaffen, so hast du sie zu heiraten — auch ein Standpunkt.

[1]) Daß die Grundsätze über Verträge nicht unmittelbar Anwendung finden, wird auch sonst angenommen, z. B. Ullrich, Unterfällt das Verlöbnis den allgemeinen Sätzen über Verträge? S. 46f. Unrichtig ist das RG. für die Vertragstheorie, RG. 21. September 1905, Entsch. 61 S. 267. So wird festgestellt, daß die Verlöbnisse von Minderjährigen wie Rechtsgeschäfte Minderjähriger behandelt werden, Hamburg 12. Dezember 1903, M. 8 S. 328; so wird erwogen, daß ein Verlöbnis Minderjähriger nach der Volljährigkeit bestätigt werden könne, Kolmar 14. März 1907, M. 15 S. 395, Kiel 28. November 1914, M. 11 S. 276; so hat man es wirklich dahin gebracht, einen anderen Begriff des Verlöbnisses für das Zivilrecht und einen anderen für das Strafrecht zu bilden, RG. 30. Dezember 1901, Entsch. 35 Strafs. S. 45. Demgegenüber berührt es seltsam, wenn das Reichsgericht in Zivilsachen uns den Trost gibt, daß die Vertragstheorie den Vorteil einer größeren Rechtssicherheit biete! RG. 21. September 1905 oben.

[2]) Es ist seltsam, zu welcher Konstruktion man gelangt (Tatsächlichkeitsverhältnis usw.), weil man den von mir aufgestellten Begriff des neutralen Aktes nicht anerkennt. Vgl. darüber Martin Wolff S. 16f., der sich im Anschluß an die geschichtliche Ent-

ein simuliertes Verlöbnis ein Nichtverlöbnis, so das sog. Verlöbnis zwischen Dirne und Bräutigam oder das Verlöbnis, das momentan zu dem Zwecke abgeschlossen wird, um der Zeugnispflicht zu entgehen. Stellvertretung bei dem Verlöbnis und schriftliche Abschließung ist selten, kann aber vorkommen; man denke sich z. B. das Verlöbnis eines Missionars mit einer im Lande zurückgebliebenen Persönlichkeit. Auch eine Bedingung ist möglich, auch eine Bedingung in die Gegenwart oder die Vergangenheit, auch ein Geding, vorausgesetzt, daß all dies nichts Entwürdigendes, der Erhabenheit des Eheinstituts Widersprechendes enthält[1]). Ebenso findet der Rücktritt in Formen und Bedingungen des Lebensverkehrs statt, welche mit denen des Rechtsverkehrs insofern übereinstimmen, als auch hier eine ankunftsbedürftige Willenserklärung nötig ist, jedoch nicht mit den besonderen Eigentümlichkeiten des Rechtsverkehrs, weshalb insbesondere § 132 BGB. keine Anwendung findet; und die Ansicht, daß die Rücktrittserklärung dem Vormund gegenüber erfolgen müsse, widerspricht jeder Zartheit und Innigkeit des Lebens.

VI. Der Verlobung als neutraler Handlung des Familienverkehrs entspricht auch das Schicksal der Verlobungsgeschenke. Zwar daß im allgemeinen bei Lösung der Verlobung die Geschenke zurückzugeben sind, geht schon aus den allgemeinen Grundsätzen der Voraussetzungslehre hervor und beruht nicht auf besonderen familienrechtlichen Erwägungen; daß aber, wenn das Verlöbnis durch Tod gelöst wird, der überlebende Brautteil die Geschenke des Verstorbenen behalten darf, entspricht dem Wesen der Brautschaft, welche in ihrer ethischen Bedeutung durch den Tod nicht völlig aufgehoben ist, sondern als ein geweihtes Erinnerungsinstitut den Tod überdauert. Daß dies nur im Zweifel der Fall sein

---

wicklung für die Vertragstheorie ausspricht. Damit ist aber das moderne Recht völlig mißverstanden; jeder Rückgriff auf frühere Zeit ist verfehlt: denn wir sind moderne Menschen.

[1]) Verlöbnis mit dem Geding beschränkter Kinderzeugung? RG. 2. Dezember 1907, JW. 37 S. 28; das Geding ist nichtig, das Verlöbnis besteht. Verlöbnis, falls der Geschlechtsumgang Folgen hat? Dies ist eine Unwürdigkeit. Unrichtig Hamburg 10. Dezember 1907, M. 16 S. 203.

soll und daß unzarte Seelen bei der Hingabe von Geschenken auch eine Ausnahme machen mögen, hat das Recht nicht zu berücksichtigen: solche Institute sind kein Tummelplatz für Philisterhaftigkeiten (§ 1301 BGB.).

VII. Das neutrale Verhältnis der Verlobung ist ein Verhältnis, das nicht mißbraucht werden darf, denn es versetzt die Person in eine vertrauenspflichtige Lage, und die Verletzung des Verlöbnisses ist zu gleicher Zeit eine Verletzung dieses Vertrauens. Es ist daher nach richtiger Anschauung

1. ein Widerrecht, wenn jemand ein solches Verhältnis eingeht, um Vorteile zu erlangen, ohne die innere Absicht, es als eine Vorstufe der Ehe zu betrachten[1]). So beispielsweise, wenn ein schon Verheirateter sich als ledig ausgibt und ein Verlöbnis eingeht[2]).

2. Es ist ein Widerrecht, wenn man bei Eingehung des Verlöbnisses von wesentlichen Umständen schweigt, welche der eine Teil wissen muß, um sich dem anderen anvertrauen zu können; es muß allerdings genügen, wenn man solche Umstände, den Lebensverhältnissen entsprechend, im Laufe der Verlöbniszeit kundgibt, sofern nur eine nachträgliche Indemnität erwartet werden kann.

3. Es ist ein Widerrecht, wenn jemand bei Lösung des Verlöbnisses sich von frivolen, dem Wesen der Ehe widersprechenden Motiven leiten läßt, insbesondere wenn er es löst, weil er mehr Vermögen erhofft hat[3]), oder wenn er es löst, um anderwärts größere Geldvorteile zu erlangen; während allerdings die Lösung im Falle des Vermögenszusammenbruches eine andere Beurteilung zuläßt, da ein

[1]) Ein Verlöbnis liegt in diesem Falle vor (also z. B. was das Recht der Zeugnisverweigerung betrifft); aber der Mißbrauch des Instituts führt zur Entchädigung. Unrichtig RG. 30. Dezember 1901, Entsch. St. 35 S. 49.

[2]) Kennen beide Teile das Ehehindernis, so hat kein Teil einen Anspruch an den anderen, es müßte sein, daß eine Hebung des Hindernisses zu erwarten ist, wie im Falle des § 1312, und daß eine solche Hebung sittlicherweise erwartet werden darf; also nicht wenn die Verlobten auf den Tod des im Wege stehenden Ehegatten spekulieren, KG. 14. März 1912, M. 24 S. 278.

[3]) Zu lax Karlsruhe 4. November 1914, M. 11 S. 278.

solcher Zusammenbruch auch schwere seelische Folgen nach sich zu ziehen pflegt.

4. Es ist ein Widerrecht, wenn sich während der Verlobungszeit der Verlobte unwürdig und vertrauenswidrig benimmt.

In derartigem Falle kann ein Unrecht im Sinne der §§ 823 und 826 vorliegen, und es ist daher eine Entschädigungspflicht begründet, nicht nach §§ 1298f., sondern nach den allgemeinen Grundsätzen des Unrechtsverkehrs. Die Entschädigung ist allerdings nur eine Vermögensentschädigung, keine Genugtuungsentschädigung, außer im Falle von §§ 847, 1300.

VIII. In anderen Fällen ist eine Pflicht zur Entschädigung kraft des Rücktritts nicht begründet: ein jeder hat mit sich zu Rate zu gehen, ob ihm eine Ehe als angängig, ihre Eingehung als segenbringend erscheint. Handelt er entsprechend, so handelt er im Sinne des Verlöbnisinstituts; der andere Teil der sich auf ein Verlöbnis einläßt, läßt sich darauf ein im vollen Gefühl der Unsicherheit, welche der ganzen Einrichtung infolge ihres Zweckes anhaftet.

II. Folgen im Einzelnen.

§ 6.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat über das Verlöbnis einige Bestimmungen gegeben, welche, wenn man sie nach dem Wortsinn auslegt, zu den größten Verkehrtheiten führen. Die §§ 1298 und 1299 sagen, daß, wenn ein Verlobter ohne wichtigen Grund zurücktritt, er das negative Interesse zu ersetzen hat, also den Verlust, den der andere erleidet, weil er in der Voraussicht der Ehe Aufwendungen gemacht oder eine Erwerbsstellung aufgegeben hat. Man pflegt nun nach den Anschauungen, die früher herrschten, anzunehmen, ein solcher wichtiger Grund müsse ein äußerlicher objektiver Grund sein, welcher sich in einer jedem erkennbaren Weise festlegen ließe, also z. B. Untreue, schwere Beleidigung, bloßstellendes Betragen. Wenn dagegen der Verlobte mit bestem Wissen erklärt, die Überzeugung erlangt zu haben, daß beide nicht zueinander passen und die Ehe nicht

seinem Lebensideal entspreche, dann solle dies nicht genügen, denn natürlich die Erreichung der Lebensideale ist eine Nebensache! Wenn also in einem solchen Falle der Bräutigam zurücktritt, so müßte er den negativen Ersatz leisten; diesen Ersatz (und nur diesen) habe er auch dann zu leisten, wenn er sich in einer unwürdigen Weise benommen und auf solche Weise den Bruch herbeigeführt habe. In diesen beiden Fällen getraut man sich nicht zu einer kraftvollen Entschließung: wenn auch wegen der größten Unwürdigkeit eine volle Entschädigung am Platze wäre, so sei nur diese negative Entschädigung zu leisten, also etwa die Kosten des Brautkleides oder des Hochzeitskuchens, aber auch dies nur dann, wenn solche Auslagen nicht über das übliche Maß hinausgehen, also nicht etwa wenn das Brautkleid mit Brüsseler Spitzen besetzt ist. Derartige Dinge sind völlig unangemessen; entweder volle Entschädigung oder gar keine.

II. Wer die Überzeugung erlangt hat, daß die Ehe nicht zum guten führt, der tritt aus dem allerwichtigsten Grund zurück, der überhaupt denkbar ist. Dies haben auch neuerdings auf Grund der §§ 92 und 93 des Schweizer Gesetzbuches die dortigen Kommentatoren angenommen und sich dadurch weit über den kleinlichen Standpunkt gestellt, der in dieser Beziehung noch in Deutschland zu herrschen pflegt. Wer auf solche Weise zurücktritt, braucht natürlich gar keine Entschädigung zu leisten. Ob der Richter ihm glaubt oder nicht, hat er als Richter zu erwägen: kann er zu keiner Entscheidung kommen, so soll er aufhören, Richter zu sein. So natürlich auch, wenn der Verlobte aus Rücksicht für seine Familie zurücktritt; er braucht es nicht, aber es ist doch ein begründeter Standpunkt, daß sich jemand mit seiner Familie nicht verfeinden will[1]. Wenn aber wirkliche Unwürdigkeiten vorliegen, dann ist es eine anstandswidrige Kleinlichkeit, noch über die Höhe des Brautkleiderersatzes oder des Ersatzes des bestellten Hochzeitsmahles zu markten[2].

[1]) Vgl. aber RG. 6. Juni 1904, Entsch. 58 S. 248.

[2]) Was in dieser Beziehung zur gerichtlichen Entscheidung gebracht wurde, erfüllt mit Widerwillen. War der Bräutigam bei den Leuten in Kost, so wurde nachträglich die Zahlung der Kost ver-

Die ganze Bestimmung der §§ 1298 und 1299 kann nur so aufgefaßt werden: eine redliche Überzeugung, daß die Ehe nicht paßt, ist ein Grund, der ohne jede Entschädigung den Rücktritt gestattet; ein unwürdiges Betragen aber, und dazu gehört natürlich auch der Fall, daß man aus unwürdigen Gründen zurücktritt, z. B. um eine reichere Partie zu machen, ist eigentlich nach §§ 823 und 826 zur vollen Entschädigung reif[1]), und § 1298 ist nur insofern in Betracht zu ziehen, als in milderen Fällen der Täter mit geringerem Ersatz abkommen kann. Auch das ist der verbreiteten Anschauung zuzugeben, daß die der Braut zu zahlende Entschädigung zur Deckung der den Aufwand zu machenden Eltern oder der sie versorgenden Personen zu verwenden ist. Eine Entschädigungspflicht Dritter aber ist nur dann begründet, wenn sie, um das Verlöbnis zu brechen, unlautere Mittel anwandten, nicht wenn sie in guten Treuen ernstlich abgeraten haben[2]).

Man sage nun auch nicht, daß der Verlobte, der etwa eine Stellung aufgegeben habe, unter allen Umständen Schadenersatz haben müsse. Wer eine Verlobung eingeht, weiß, daß er ein Risiko läuft, und daß es sich um eine Probe-

---

langt, dies aber regelmäßig abgewiesen, Kiel 14. November 1902, M. 6 S. 276, Hamburg 14. Februar 1907, M. 14 S. 243, Hamburg 27. März 1906, M. 16 S. 203; dagegen wurde ebenso regelmäßig der Verlöbnisschmaus angerechnet, man vgl. noch KG. 25. September 1908, M. 18 S. 249.

[1]) Man wird nun allerdings behaupten, der Gesetzgeber habe etwas anderes sagen wollen, oder: wenn der Gesetzgeber dies hätte sagen wollen, so hätte er sich anders ausgedrückt, und anderes mehr. Darauf lasse ich mich nicht ein. Wer auf diese Weise argumentiert, zeigt, daß er der richtigen Gesetzesauslegung völlig ferne steht. Das Gesetz ist nach der Vernunft auszulegen: dies ist die erste und letzte Regel. Unsere Altvoderen würden etwa in einem solchen Falle gesagt haben: dies und jenes kann unmöglich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein usw., und damit setzten sie sich über eine derartige schlimme Gesetzesfassung hinweg. Heutzutage getraut man sich nicht mehr dies zu sagen, und damit fällt für eine verkehrte Gesetzesfassung jede Hilfe weg. Man hat also wirklich Rückschritte gemacht, und diese Rückschritte will man uns aufdrängen. Wir danken!

[2]) Wenig zutreffend auch hier RG. 6. November 1904, Entsch. 58 S. 248.

zeit handelt, die nach der einen oder anderen Seite hin ausschlagen kann. Wer daher für diese Ungewißheit eine Stellung aufgibt, ist in derselben Lage, wie wer eine Stellung A aufgibt, weil er die Stellung B erhofft, und wenn ihm die Hoffnung verfliegt, eben dann in Schaden kommt: habeat sibi. Dasselbe gilt, wenn sich jemand mit Rücksicht auf die bevorstehende Ehe ein Geschäft kauft[1]. Übrigens hat man mindestens einen Abzug gestattet, wenn der ehemals Verlobte nicht das Nötige getan hat, um die Stellung neu zu erwerben[2]!

Eine noch viel größere Seltsamkeit enthält § 1300 BGB.[3]. Hiernach soll nämlich eine unbescholtene Verlobte, wenn sie dem Verlobten die Begattung gewährt hat, im Falle des unmotivierten Rücktritts nicht nur Vermögensschaden, sondern auch Genugtuung für die Defloration verlangen können; eine Bestimmung, welche das Schweizer Zivilgesetzbuch § 318 vorsichtig dahin ermäßigt hat, daß in solchem Falle der Richter auf eine Entschädigung erkennen k a n n, nicht m u ß. Der ganze Satz ist eine Ungeheuerlichkeit. Eine Entschädigung ist natürlich dann begründet, wenn eine Verführung und daher ein Mißbrauch derjenigen Freiheiten stattfindet, welche der Verlobtenstand mit sich bringt; allein bei weitem nicht immer ist hier eine Verführung von seiten des Mannes anzunehmen; vielmehr liegt oft entweder Verführung von seiten des Weibes oder gegenseitige Schwäche vor. Die Bestimmung über Genugtuung gibt glücklicherweise die Möglichkeit, alle diese subjektiven Momente mit in Betracht zu ziehen und danach die Entschädigung hoch oder nieder zu bewerten[4].

Im übrigen muß die Bestimmung möglichst dahin ausgelegt werden, daß die Verlobte dann zu entschädigen ist, wenn sie der verführte Teil ist. Dies muß auch dann gelten, wenn die Verführung bereits bei Einleitung der Ver-

---

[1] RG. 12. November 1903, JW. 32 B Nr. 316.

[2] RG. 2. Juli 1914, Wa. VII Nr. 360.

[3] Vgl. darüber RG. 19. Juni 1902, Entsch. 52 S. 46.

[4] Sonst wäre der Mann zu bedauern, der in die Fänge eines feinkoketten unbescholtenen Weibes käme. Daß es solche gibt, haben wohl die weltfremden Verfasser des Gesetzbuches nicht gewußt.

lobung, also bei Eingehung des die gegenseitige Vertraulichkeit anspinnenden Verhältnisses stattfand. Eine Einwendung etwa in der Art, daß bei der förmlichen Verlobung die Braut infolgedessen bereits eine Verführte und nicht mehr Unbescholtene war, wäre frivol[1]); es geht überhaupt nicht, solche intime Familienverhältnisse nach Art eines Pferdekaufes zu behandeln. Unbescholtenheit ist regelmäßig ausgeschlossen, wenn die Verlobte früher mit einem Dritten geschlechtlich verkehrte[2]); ob sie deshalb ins Gerede kam, fällt für diese Frage nicht ins Gewicht[3]).

Liegt eine Verführung vor, so kommt nicht in Betracht, ob bei der Verführten die Aussicht auf die Ehe eine mehr oder minder bestimmende Bedeutung hatte. Dies ist selbstverständlich. Sollte denn alles Berechnung und ausgeklügelte Lebensschlauheit werden?

---

1) RG. 22. September 1910, JW. 39 S. 942, Hamburg 25. Juni 1907, M. 15 S. 396, Dresden 6. Oktober 1909, Sächs. Arch. V S. 182, Karlsruhe 12. Iuli 1912, M. 26 S. 210; schon die Zahl dieser Entscheidungen zeugt von dem widerwärtigen Skandal, welchen diese Bestimmung hervorgerufen hat.

2) Colmar 12. April 1905, M. 11 S. 279, Cassel 27. März 1905, M. 11 S. 280. Man gestattet darüber die Eideszuschiebung, Hamburg 30. Januar 1904, M. 8 S. 330.

3) Königsberg 11. Mai 1908, M. 18 S. 253; RG. 10. November 1910, Warn. IV Nr. 37.

II. Abschnitt.

Ehe.

(Enzyklopädie II S. 137.)

I. Wesen der Ehe.

§ 7.

I. Die Ehe unseres Rechts ist ein Rechtsverhältnis zwischen zwei verschiedengeschlechtlichen Personen[1]) zum Zwecke der ständigen treuen Lebensgemeinschaft.

So ist die Ehe nicht zu allen Zeiten gewesen. Die Ehe konnte sein:

1. ein Verhältnis vorübergehender Lebensgemeinschaft (Wandel- oder Wechselehe und Ehe auf Zeit),

2. ein Verhältnis mit einseitiger Treupflicht (so in den Zeiten der patriarchalen Ehe mit Treupflicht der Frau ohne die des Mannes).

Diese Formen sind hier nur wegen des Gegensatzes zu berühren.

II. Die Ehe strebt, wie alle Rechtsverhältnisse, einem Ideal zu, in welchem die Gedanken des Instituts sich am reichhaltigsten entwickeln.

Dieses Ideal ist nicht

1. die Fortpflanzung; diese gehört zwar mit zu den sozialen Aufgaben der Ehe; allein sie ergibt sich von selbst als eine natürliche Folge der Lebensgemeinschaft. Sie ist nicht etwa ein Sonderzweck, dem die Menschheit zu dienen hätte. Wenn eine Nation sich nur aus Pflichtmäßigkeit fort-

---

[1]) Die Ehe mit einer Person gleichen Geschlechts oder einem ausgesprochenen Zwitter wäre eine Nichtehe, Breslau 26. Januar 1911, Warneyer XI S. 122. Über den seltenen Fall wirklicher Zwitterhaftigkeit vgl. E. Wilhelm, Rechtliche Stellung der Zwitter (Jurist. psychiatrische Grenzfragen VII, 1).

pflanzt, so ist es ein Zeichen, daß ihr die gesunde Grundlage fehlt. Das Ideal ist nicht

2. die Kindererziehung. Auch diese ergibt sich als Folge der normalen Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern, welches schon kraft der ethnologischen seelischen Natur des Menschen eine Verbindung von Herrschaft, Liebe, Unterwürfigkeit und Eigenwillen in sich faßt; und von selbst ist es gegeben, daß die große Hilfsbedürftigkeit des Menschen in den ersten Jahren seines Seins und die starken Triebe der Zuneigung des geeinten Blutes eine Verbindung des älteren und jüngeren Elementes herbeiführt, um die Jugend zu erhalten und über die ersten Fährlichkeiten hinaus zu retten[1]).

3. Das Ideal der Ehe ist vielmehr die durch ständige Lebensgemeinschaft entstehende Ergänzung des männlichen und weiblichen Wesens in leiblicher und seelischer Beziehung, sowie die durch solche ergänzende Fürsorge von selbst herbeigeführte Umbildung des Einzelegoismus zum Sozialegoismus, welcher die Läuterung des Einzelwesens bewirkt. Darum ist die Ehe auf die Dauer berechnet, und darum ist sie auf Ausschließlichkeit und auch auf gegenseitige Treue gerichtet[2]).

III. Die Ehe zielt regelrecht ab auf die leibliche Geschlechtsvereinigung, aber diese ist zum Bestand der Ehe nicht wesentlich. Daher

1. eine Ehe zwischen verschiedengeschlechtlichen Personen ist möglich, auch wenn eine geschlechtliche Vereinigung ausgeschlossen ist.

2. Der Mangel der Möglichkeit der Geschlechtsverbindung zur Zeit der Eheschließung ist dann bedeutsam, wenn hierbei ein Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft der Person unterläuft. Dagegen hat der nach der Ehe eintretende Mangel auf den Bestand der Ehe keinen Einfluß[3]).

3. Die Übung des Geschlechtslebens gehört normalmäßig zur Ausgleichung der Unvollkommenheiten, welche die Ehe anzustreben hat. Darum hat in regelmäßiger Weise

---

[1]) Vgl. unten S. 113.

[2]) Lehrbuch der Rechtsphilosophie S. 60f.

[3]) Dies kann zu schweren Mißständen führen, für welche unsere Rechte keine Abhilfe bieten, vgl. Recht und Persönlichkeit S. 45.

der eine Ehegatte die Anwartschaft darauf, daß der andere mit ihm so weit geschlechtlich verkehrt, als der Art eines ordnungsmäßigen Lebenstriebes entspricht[1]).

IV. Die Ehe, wie sie auf der Verschiedenheit der Geschlechter beruht, geht auf ein natürliches Vorrecht des männlichen Geschlechtes hinaus. Dieses Vorrecht ist im Laufe der Kulturentwicklung bedeutend übertrieben worden, da, abgesehen von Ausnahmefällen der Weiberherrschaft, die vorwiegende Machtstellung des Mannes sich gerade in der Ehe geltend machte. Auf späteren Kulturstufen ist dieses Vorrecht durch das Zurücktreten der Frauenerziehung lange Zeit gesteigert worden; die Neuzeit, welche die Frauenbildung erhöht, sucht die Vorherrschaft auf dasjenige Maß herabzumindern, das erforderlich ist, um bei der Zweiheit der Ehegatten eine Art von Einherrschaft herzustellen: diese ist ja erforderlich, wenn man nicht immer einen Schiedsmann und Vermittler in die Ehe hineinsprechen lassen will, was keineswegs ein empfehlenswerter Zustand wäre.

Eine Verkehrung dieses Verhältnisses würde das Wesen der Ehe entstellen; daher ist jede Abmachung derart, welche das gesetzliche Vorrecht des Ehemannes und seine Vorstandschaft im Haushalt verkümmerte, nichtig; ebenso aber auch jedes Geding, welches die Frau willenlos dem Ehemann überantwortete. So wäre z. B. das Geding nichtig, daß das Gemeinschaftsvermögen (welches den Arbeitsverdienst des Mannes mitenthält) von der Ehefrau verwaltet oder die Verwaltung gemeinschaftlich geführt würde; überhaupt jede Beschränkung des Mannes in der gesetzlichen Verfügungsgewalt des Gemeinschaftsvermögens wäre nichtig; nichtig wäre aber auch ein Geding, welches das Vermögen der Frau dem Manne bedingungslos preisgäbe.

Über die möglichen Gemeinschaftsformen vgl. später in § 46.

V. Das Rechtsverhältnis der Ehe wird gegründet durch ein auf beiderseitiger Übereinstimmung beruhendes Rechtsgeschäft. Dieses Rechtsgeschäft ist Vertrag, und zwar Einigung. Die Entstehung durch Einigung ist eine Errungenschaft

---

[1]) Vgl. unten S. 62.

moderner Zeit, beruhend auf Vollausreifung der Persönlichkeit in unserer Kulturwelt. Sie ist nicht die einzig denkbare Art und nicht die einzige, welche sich auf der Welt gestaltet hat. Möglich ist auch

1. eine Vereinigung kraft Zufalls, namentlich kraft verwandtschaftlicher Beziehung zwischen zwei Einzelwesen (so die verbreitete Cousinehe);

2. denkbar ist das Walten des einseitigen Zufalls, der Vergewaltigung des einen Wesens durch das andere (wie beim Frauenraub);

3. denkbar ist eine Entstehung durch Familienvertrag ohne Zustimmung der beiden Ehegatten, eine Form, die noch bis in die späteren Zeiten des germanischen Lebens nachweisbar ist. Alle diese Gestaltungen gehören verflossenen Kulturen an.

VI. Wie alle Rechtsverhältnisse, so kann auch das Rechtsverhältnis der Ehe Beziehungen haben zur Religion und zur Sittlichkeit.

Die Beziehung zur Religion ist nur ein Fall der ständigen Beziehung zwischen Recht und Religion überhaupt. Der Zauber des Rechts ist ursprünglich der Zauber der Religion: das Recht klammert dasjenige zusammen, was die Religion als Heiligtum erklärt, und behütet es gegen Angriffe von außen. Diese Verbindung von Recht und Religion ist zuletzt noch in zwei Beziehungen geblieben: im Eid und in der Eheschließung; sie ist in beiden Beziehungen heutzutage aufgegeben: der Eid wirkt kraft seiner Eigenart als staatliche Beteuerung, die Eingehung der Ehe kraft ihrer Natur als Rechtsgeschäft.

Dies schließt aber nicht aus,

1. daß eine Verbindung mit der Religion, nicht kraft Durchdringung, wohl aber noch kraft Berührung zweier Kreise des Kulturlebens stattfindet;

2. daß bei der Eheschließung neben das Rechtsverhältnis ein Verhältnis religiöser Verklärung und neben das Rechtsgeschäft ein Akt religiöser Weihe tritt; und obgleich beide Kreise sich nicht durchdringen, und obgleich die Gültigkeit oder Ungültigkeit von einem nicht auf das andere wirkt,

so kann doch eine solche Berührung und Verbindung als wünschenswert und dem Kulturleben in gewissen Kreisen förderlich erscheinen.

VII. Das Verhältnis zur Sittlichkeit ist gleichfalls ein Verhältnis zweier sich berührender, aber nicht sich schneidender Kreise; aber die Berührung ist inniger als die mit der Religion, da die Eheschließung eine Reihe von Beziehungen schafft, die rein sittlicher Natur sind, in welche die Rechtsordnung nicht hineinspricht, weil sie der sittlichen Erwägung und dem Lebensideal eines jeden anheimgestellt werden sollen.

1. Eine Berührung ist insofern gegeben, als das Recht etwas Unsittliches nicht als Teil seiner selbst betrachten kann, weshalb, wo überall eine Betätigung zur Unsittlichkeit wird, sie von der Rechtsordnung ausgeschlossen und aus ihrem Kreis verdrängt wird; dies ist nichts Besonderes und gilt bei allen Rechtsinstituten;

2. insofern, als viele Vorschriften des Rechts nur allgemein gefaßt werden können, indem sie sich im einzelnen auf die von der Sittlichkeit gegebenen Anforderungen beziehen. Insofern bietet die Sittlichkeit den Stoff zur Ausfüllung der von der Rechtsordnung gegebenen Blankette; wobei man allerdings immer verlangen muß, daß die Rechtsordnung zwar in ihrer Betrachtungsweise von der höchsten Sittlichkeit zu gehen hat, aber von dem einzelnen Menschen nur die Durchschnittssittlichkeit verlangen darf.

VIII. Durch die Ehe entsteht ein Rechtsverhältnis, dessen Folge für die Zukunft außerhalb der Verfügung der Parteien steht: nicht jedes Rechtsverhältnis, das durch Einigung gebunden wird, kann durch entgegengesetzte Einigung gelöst werden. Die Rechtsgebilde, welche die Parteien schaffen, gehen, sobald sie einmal gesetzt sind, oftmals über ihr Können hinaus; der Mensch ruft Geister, die er nicht mehr bannen kann.

Sicher hängt dies ursprünglich mit der religiösen Natur der Ehe zusammen. Aber was früher als übernatürliche Geisterwirkung galt, indem die Ehegatten seelisch zu einer mystischen Einheit verkettet wurden, das bleibt kraft der sozial-ethischen Natur zum guten Teil bestehen; die Gründe,

die heutzutage dazu führen, die Folgen der Ehe vom Belieben der Ehegatten unabhängig zu machen, sind

1. die Beziehungen zu den Kindern, denen nicht beliebig das traute Heim entzogen werden soll;

2. die sozialen Aufgaben: die Ehegatten sollen bestrebt sein, durch gegenseitiges Nachgeben, durch Bezähmung der Eigenwesenheit sich zu einem Standpunkte zu erheben, bei dem beide sich einigen können, welcher Standpunkt allerdings nicht das Ideal sein kann, denn Ideale sind niemals zu erreichen, aber doch ein Standpunkt gemeinsamen Wirkens und gemeinsamer Kulturarbeit.

Durch guten Willen können viele Zerwürfnisse gehoben, viele Unebenheiten beglichen werden, so daß die gegenseitige Selbstbeherrschung einen höheren Stand sittlichen Waltens zu schaffen vermag[1]).

IX. Auf solche Weise ist die Ehe dem Belieben der Ehegatten entzogen, so daß das Eheverhältnis nicht ohne weiteres durch Gegenvertrag zu lösen ist. Nicht uneben wäre allerdings eine Lösung durch eine gemeinsame Einwilligung, welche an so erschwerende Bedingungen geknüpft würde, daß sie nicht mehr als Belieben, sondern als Ausdruck einer dringenden Notlage erschiene. Sie ist bei uns nicht entwickelt, wenigstens nicht in direkter Weise; wohl aber gibt es bei uns eine Lösung durch Kündigung, d. h. durch einseitige Erklärung, sofern die Kündigung auf Gründe gestützt ist, die, unbeschadet der sozialen Natur der Ehe, eine Lösung rechtfertigen.

Die Lösung durch Kündigung wird vielfach verkannt. Viele nehmen an, daß hier die Lösung durch Richterspruch erfolge, so daß der kündigende Charakter der Erklärung hinter dem richterlichen Akte zurücktrete. Das ist unrichtig; wenn die Rechtsordnung besagt, daß die Kündigung in der Form einer Klage geschehen müsse, welche zum Urteil führt, und daß erst durch das rechtskräftige Urteil die Lösung erfolge, so ist damit nur gesagt: der Erfolg der Kündigung tritt erst

---

[1]) Näheres darüber in Recht und Persönlichkeit S. 44f. Dort auch über das Verhältnis von Ehe und freier Liebe S. 46f.

dann ein, wenn das Gericht festgestellt hat, daß Gründe der Kündigung vorliegen. In allen Verhältnissen, in welchen ein öffentliches Interesse daran besteht, daß jedermann sicher weiß, ob ein Verhältnis noch gilt oder nicht, ist eine solche Gestaltung der Sache von so einleuchtender Zweckmäßigkeit, daß darüber nicht weiter zu handeln ist[1]).

X. Die Annahme, daß nicht die Kündigung wirke, sondern der Richterspruch, hat nur noch geschichtlich einigen Schein, insofern, als man seinerzeit, um die Trennbarkeit der Ehe gegenüber der Bibel und gegenüber der Kirche durchzuführen, zu dem Satze griff: die Menschen, d. h. die Ehegatten, dürfen nicht scheiden, aber die Obrigkeit darf es tun. Dies war ein Durchgangspunkt, der überwunden werden mußte. Denn in der Tat ist es nicht die fürsorgliche Obrigkeit, welche uns in dieser Beziehung zu lenken und zu leiten und die Menschen von einer unerträglichen Ehe zu befreien hat, sondern die Persönlichkeit selbst ist es, welche die Ehe sprengt; vorausgesetzt, daß durch den feststellenden Richter eine solche Kluft zwischen beiden Ehegatten anerkannt wird, daß die Lösung den sittlichen Erfordernissen der Persönlichkeit entspricht.

XI. Die Ehe ist ein Institut höchster sittlicher Vervollkommnung. Daher muß ihr der Geldstandpunkt fernbleiben. Daraus ergibt sich:

1. Eine Ehemaklerei ist unverbindlich (§ 656)[2]).

2. Irrtum über die Geldverhältnisse ist kein Anfechtungsgrund, selbst wenn dieser durch Täuschung herbeigeführt worden wäre (§§ 1333, 1334).

3. Eine Entschädigungspflicht des Ehebrechers wegen Störung der Ehe und ihrer wirtschaftlichen Erfolge gibt es nicht[3]).

---

[1]) Enzyklopädie II S. 142, III S. 355.

[2]) Vgl. dazu Ideale im Recht S. 6f. Es mag bemerkt werden, daß selbst die Russen den Ehemaklervertrag für nichtig erklärten (Zivilkassationsdepartement des Senats von 1867 Nr. 70, i. S. der Frau Kuzniecoff).

[3]) RG. 26. Oktober 1909, Entsch. 72 S. 128, vgl. auch Dresden 7. März 1911, Sächs. Arch. VI S. 491

II. Die Ehe im Recht.

1. Ehe und Hausstand.

§ 8.

I. Die Ehe geht von der Einheit des Hausstandes aus. Diese ist aber nicht gleich der Einheit des Hausvermögens; in dieser Beziehung gilt folgendes:

Die Technik der Vermögensgestaltung braucht mit der sozialen und wirtschaftlichen Gestaltung nicht gleichen Schritt zu gehen. Die Technik kann ihre eigenen Wege verfolgen; sie braucht nicht abgepaust zu sein von den Bildern, welche die Rechtsziele und das Rechtsideal aufweisen; die Technik hat ihre eigenen Gesetze und ihre eigenen Entwicklungsnormen. Das haben die Völker vielfach übersehen und darum Institute geschaffen, die sich im Leben längere Zeit bewährten, dann aber an der Realität der Verhältnisse zerschellten, weil sie für die Technik des Rechts nicht geeignet waren und daher ihren Aufgaben nicht entsprachen.

II. So war es mit dem gemeinsamen Hausvermögen, so mit der Gütergemeinschaft. Mit der Entwicklung des Individualismus werden die sozialen Aufgaben der Menschheit nicht zerstört, sie werden nur geläutert; die Institute der Kollektivität zerschellen an den individualistischen Bestrebungen, und trotzdem bleiben die sozialen Zwecke erhalten kraft einer Technik, die, vom Individualismus ausgehend, den Kollektivbestrebungen ihren Teil gibt.

III. Die Ehe verlangt einen gemeinsamen Hausstand, um ein gemeinsames Leben zu ermöglichen; sie verlangt nicht ein gemeinsames Vermögen. Neben dem gemeinsamen Hausstand kann eine Sonderung des Vermögens einhergehen, doch so, daß aus dem Sondervermögen Beträge zum gemeinsamen Hausstande entnommen werden.

So konnte sich das Hausvermögen nicht erhalten, so ist aber auch die Gütergemeinschaft dem Tode verfallen, und auch das regelmäßige Güterrecht des BGB., die Verfügungsnutznießung, ist ein überholtes Institut, das nur deshalb Aufnahme fand, weil die Verfasser des Gesetzes nicht die Zeichen der Zeit zu lesen verstanden.

IV. Das einzig richtige ist, wie ich bereits anderwärts ausgeführt habe,

1. daß nach dem Vorbilde des österreichischen Gesetzbuches die Ehefrau dem Ehemanne ihr Vermögen auf Widerruf zur Verwaltung in der Art abgeben kann, daß der Ehemann eine mehr oder minder freie Verfügung erhält und nur über das Kapital, nicht über die Früchte Rechnung ablegen muß;

2. daß nach der Bestimmung des Schweizer Rechts der Ehefrau von Todes wegen aus der ehelichen Errungenschaft ein bestimmter Teil zufällt als billige Vergütung für die Förderung, welche sie (vermutlich) dem Ehevermögen gewährt hat; daß

3. die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach Art des Schweizer Gesetzbuches so aufgefaßt wird, daß die Frau für die Schlüsselgewaltschulden aushülfsweise haftet, wenn ihre Zahlung nicht vom Manne zu erlangen ist; daß im übrigen

4. die Vermögensschicksale beider Ehegatten getrennt bleiben und durch die Ehe keinerlei grundsätzliche Änderungen erfahren.

V. Manche Folgen knüpfen sich an den tatsächlichen Hausstand, der mit dem rechtlichen nicht zu verwechseln ist, z. B. die Auskunftspflicht gegenüber dem Erben (§ 2028 BGB.). Frühere Rechte gaben den Gläubigern des Mannes auch die Befugnis, von der Ehefrau den Offenbarungseid zu verlangen (z. B. badische ZPO. § 719), was das Reichsrecht verworfen hat[1]).

2. Ehe als Lebensgemeinschaft.

§ 9.

I. 1. Die Einheit des Lebens gibt sich zunächst darin kund, daß die Frau den Namen des Mannes erhält (§ 1355)[2]). Wie sie aber damit nicht jede Beziehung zu ihrer Heimat aufgibt, so

---

[1]) RG. 6. April 1903, JZ. 8 S. 273.

[2]) Die Frau erhält den Namen des Mannes sofort mit dem Ausspruch des Standesbeamten, daß die Brautleute verehelicht seien. Sie hat daher in der darauffolgenden Heiratsurkunde bereits mit dem ehelichen Namen zu unterzeichnen. So auch in Preußen die Instruktion für die Standesämter.

verliert sie damit nicht ihren früheren Namen, sondern behält ihn bei. Nur ist es unangemessen und mit den Verhältnissen in Widerspruch, wenn sie sich in gewöhnlichen Lebenslagen dieses Namens bedient: ein solches wäre ein Verstoß gegen die ehelichen Beziehungen, in denen sie lebt, und eine Verletzung des Ehemanns, dessen Schutzverhältnis sie hiermit verleugnet. Wo sie aber ein Interesse hat, sich dieses eigenen Namens zu bedienen und dieser Gebrauch daher den ehelichen Verhältnissen keinen Abtrag tut, steht er ihr vollkommen zu Gebote. Sie hat daher insbesondere das Recht, den Namen zu führen, 1. wenn ihr ein Familienfideikommiß zukommt, welches an diesen Namen geknüpft ist; 2. dann, wenn sie allein, ohne den Ehemann, ein Kind adoptiert: in diesem Falle erhält das Kind eben diesen früheren Namen der Frau, weil eine Verknüpfung mit dem Namen ihres Mannes den Schein erwecken würde, als ob dieser der Adoptivvater wäre (§ 1758); 3. wenn die Frau während der Ehe Mutter eines unehelichen Kindes wird (wenn also das während der Ehe geborene Kind vom Ehemann mit Erfolg verleugnet wird), so erhält das Kind ebenso diesen früheren Namen (§ 1706). Aber auch wenn ein solches Interesse nicht vorliegt, ist die Führung des Mädchenamens zwar ungehörig, und der Ehemann kann dagegen klagend vorgehen, denn er hat ein Recht zu verlangen, daß seine Frau in der Öffentlichkeit als seine Frau auftritt; aber ein Rechtsgeschäft wird nicht dadurch ungültig, daß es die Frau unter ihrem Mädchennamen abgeschlossen hat[1]).

Die Frau hat auch das Reaktionsrecht, wenn ein Dritter ihren angestammten Namen mißbraucht, und man kann ihr nicht entgegenhalten, daß sie nicht mehr namenberechtigt sei[2]).

2. Ändert die Familie der Frau ihren Namen, so kann sie den veränderten Namen als Mädchennamen statt des früheren führen. Ob sie dazu verpflichtet ist, richtet sich nach den landesgesetzlichen Bestimmungen über Namenwechsel (oben S. 28).

---

1) Unrichtig Marienwerder 10. Januar 1913, M. 26 S. 226 (Wechselzeichnung).

2) So auf Grund meiner Ausführung im Arch. f. ziv. Praxis (107 S. 246) nunmehr auch RG. 11. Januar 1912, JW. 41 S. 338.

3. Diese Bestimmungen des Namenrechtes sind einigermaßen verdeckt worden durch die falsche Ausdrucksweise des BGB. in § 1577, wonach die geschiedene Frau ihren Familiennamen „wieder annehmen" kann. Dies ist unrichtig ausgedrückt; es soll heißen, die Führung des früheren Namens, die sonst eine Unregelmäßigkeit wäre, kann in diesem Falle angemessen sein.

II. Einheit des Lebens bedingt Einheit des Standes: die Frau teilt regelmäßig den Adel, sie teilt die bürgerliche Stellung des Mannes[1]).

III. Einheit des Lebens bedingt Einheit der Nation: die Frau nimmt die Staatsangehörigkeit des Mannes an, so im deutschen und so in den meisten sonstigen Rechten (§ 6 des Staatsangehörigkeitgesetzes). Allerdings verliert sie damit nicht jeden Zusammenhalt mit ihrer Heimat; dies zeigt sich darin, daß sie als Witwe oder geschiedene Frau regelmäßig die privilegierte Befugnis hat, sich in ihrer früheren Heimat wieder einbürgern zu lassen (§ 10 ebenda)[2]).

IV. Die Ehegemeinschaft gibt sich kund in der Einheit des Zusammenlebens. In dieser Beziehung gilt folgendes:

1. Das Zusammenleben ist normal sowohl ein geistiges als auch ein körperliches. Aber ein geistiges Zusammenleben genügt, um den Zusammenhalt zu bewirken, und man kann nicht von einer Trennung der Ehegatten sprechen, wenn z. B. ein Seeoffizier ein halbes Jahr in Ostasien weilt, oder ein Forschungsreisender viele Monate lang seine Frau verläßt, oder die Frau wochenlang zu ihren Eltern zieht, um ihren erkrankten Vater zu pflegen, oder wenn ein kranker Ehegatte eine Heilstätte aufsuchen muß[3]). Zwar hat jeder Ehegatte eine Anwartschaft auf leibliches und geistiges Zusammenleben, aber Gründe des Berufes, der Sittlichkeit, der Gesundheit können eine gewisse örtliche Trennung verlangen; nur hat der Ehemann das Recht darauf, daß die Frau als Trägerin der Wirtschaft keinen Beruf treibt, der sie dem Heim dauernd

---

[1]) Preuß. LR. II 9 §§ 8 und 84.

[2]) Über sonstige Rechte vgl. Sieber, Staatsbürgerrecht im internationalen Verkehr I S. 239, 266, 280, 293, 308, 348, 442, 482, 493, 507, 515.

[3]) Naumburg 26. Februar 1907, M. 15 S. 398.

entfremdet; denn die Hausgewalt des Ehemannes läßt sich auch im Falle des auswärtigen Berufs ausüben, während die tägliche Wirtschaft der Frau ein ständiges persönliches Wirken verlangt, namentlich wenn in ihr die Eigenart der Ehefrau zutage treten soll.

2. Natürlich hat die Frau auch im Falle des Fernseins des Mannes die Schlüsselgewalt, ja diese ist ihr, wenn sie allein den ehelichen Hausstand führen und das Haus vertreten soll, doppelt notwendig[1]).

3. Örtliches Fernsein und Trennung des Hauses ist daher verschieden. Eine wirkliche Trennung liegt dann vor, wenn eine solche Verfremdung des Lebens stattfindet, daß jeder Ehegatte seinen eigenen Hausstand führt. Ein solcher Bruch wird oft in der Ehetrennung (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft) oder in der Ehescheidung seinen letzten Ausdruck finden; oft aber kann das Äußerste vermieden werden: die Ehegatten bleiben rechtlich zusammen, lösen sich aber im Leben. In diesem Falle besteht natürlich keine Schlüsselgewalt, und in diesem Falle nimmt die Unterhaltspflicht des Mannes einen besonderen Charakter an: der Unterhalt wird zum Geldunterhalt, und die Haushaltungsgegenstände sind so zu trennen, daß jeder seine eigene Hauswirtschaft führen kann (§ 1361).

4. Verfremdet sich der eine Ehegatte vom anderen ohne genügenden Grund, so braucht dieser sich nicht auf eine solche Art des Unterhalts einzulassen: er kann verlangen, daß der andere wieder zu ihm in Gemeinschaft trete, ansonst er diese Art des Unterhalts und die Zuweisung der Hausgegenstände zu getrenntem Haushalte versagt. Die Trennung kann selbst dann unberechtigt sein, wenn beide Ehegatten sie vereinbart haben, denn eine solche Vereinbarung kann nur auf entsprechend kurze Zeit bindenden Charakter annehmen[2]). Ein genügender Grund zur Verfremdung aber kann sein[3]) 1. ein Ehescheidungsgrund (§ 1353): der Ehe-

[1]) KG. 5. April 1906, E. f. G. VII S. 162, KG. 2. November 1910, M. 23 S. 405, Hamburg 10. Januar 1910, M. 21 S. 213. Vgl. auch die landgerichtlichen Entscheidungen in der JZ. XII S. 419.

[2]) RG. 2. März 1911, Warn. 1911 Nr. 224.

[3]) Vgl. hierüber Wetzel, Arch. f. b. Recht XXVI S. 54f.

gatte, welcher einen solchen Grund hat, kann, statt zur Scheidung zu schreiten, sich einfach von dem anderen Ehegatten loslösen; 2. eingetretene Zustände, die so gestaltet sind, daß dem Ehegatten das Zusammenleben nicht zugemutet werden kann. So

a) wenn der eine Ehegatte sich schwere Bedrängnisse des anderen zuschulden kommen läßt und eine Fortsetzung zu befürchten steht. Bei der Beurteilung dessen spielt das gerichtliche Ermessen eine große Rolle[1]). Wesentlich ist, ob nach Bildung, Charakter, Lebensgewohnheit ein gedeihliches Zusammenwirken zu erwarten steht[2]). Auch ein Verhalten, welches den andern Ehegatten gesundheitlich schädigt und ein Auseinandergehen hygienisch erheischt, gehört hierher[3]);

b) wenn der Mann nicht in der Lage ist, der Frau ein anständiges Haus zu bieten, wobei man aber nicht vergessen darf, daß ein Heim der Armut auch ein anständiges Heim sein kann; vor allem käme in Betracht, wenn in dem Hause unwürdige Zustände herrschen und wenn die Frau nicht die ihr angemessene Stellung findet[4]). Beliebige Anforderungen nach launischem Gutdünken darf die Ehefrau allerdings nicht stellen[5]).

c) Große Schwierigkeit bietet mitunter das Vorhandensein erstehelicher Kinder; hier muß die Lebensfrage nach individueller Billigkeit entschieden werden[6]).

d) Gründe der Bedrängnis brauchen durchaus nicht Schuldgründe zu sein: rohes Benehmen, Unehrlichkeit, ekelerregendes Wesen können eine feinere Persönlichkeit zur Verzweiflung bringen und das tägliche Zusammenleben zur Qual machen[7]). Mißachtung der Religion, zynisches Ver-

---

[1]) RG. 16. November 1911, JW. 41 S. 39.

[2]) Hamburg 10. Februar 1900, M. 1 S. 253.

[3]) RG. 9. Januar 1913, JW. 42 S. 378.

[4]) Die Frau braucht nicht in die Wohnung zu ziehen, wo der Mann mit Mutter und sechs Geschwistern haust, Hamburg 22. Februar 1911, M. 24 S. 1.

[5]) Hamburg 2. November 1911, M. 24 S. 34.

[6]) Stuttgart 8. November 1912, Recht XVI Nr. 3475.

[7]) Karlsruhe 21. März 1912, Bad. Rechtspr. 1912 S. 85. Ob übermäßige Geschlechtlichkeit? Nach Umständen. Vgl. RG. 2. Juni 1904, JW. 33 S. 409.

halten können einen sensiblen Menschen so schwer berühren, daß er einen Schauer vor dem Zusammenleben empfindet. Dazu gehört auch der Gebrauch antikonzeptioneller Mittel, welcher der Frau nicht zugemutet werden kann, wenn sie darin eine Sünde erblickt.

Dagegen kann kein Ehegatte sich deshalb verfremden, weil der andere krank und die Krankheit ihm unbequem ist: dies wäre eine schlechte Ehe, die da versagte, wo die eheliche Fürsorge am nötigsten ist, um die schwierigen Zustände des anderen zu erleichtern[1]. Bei verschuldeter Geschlechtskrankheit muß gewiß eine Ausnahme gelten, denn sie ist ein Stigma aus ehewidrigem Leben[2]. Auch dann muß eine Ausnahme gelten, wenn die Krankheit eine Psychose darstellt, welche zu Ungebührlichkeiten gegen den anderen Ehegatten führt, z. B. krankhafte Trunkhaftigkeit, Morphiumsucht.

e) Ist die Ehe eine Rehabilitationsehe und darum von Anfang an als „Fernehe“ gedacht, um der Ehefrau die Ehre wiederzugeben, so ist die Ehe zwar eine Ehe (unten S. 83, 90), allein das Begehren des Zusammenlebens regelmäßig unberechtigt; es müßte denn sein, daß im Laufe der Dinge die Verhältnisse sich intimer gestaltet hätten.

f) Sind die Ehegatten bloß bürgerlich verheiratet, aber in der Art, daß sie sich den Abschluß der kirchlichen Trauung zugesagt haben oder auch nur darauf bauen, dann gilt folgendes: Der Bruch eines solchen Versprechens kann eine so schwerwiegende Verfehlung sein, daß er zur Ehescheidung führt (§ 1568); abgesehen davon kann der andere Ehegatte, wenn er einen Umgang ohne Trauung als schwere Sünde ansieht, sich verfremden. Nicht jedes derartige Bedenken kann in Betracht kommen, aber das religiöse Empfinden ist so mächtig und wird von unserer Gesellschaft mit Recht noch so stark anerkannt, daß die Rechtsordnung darüber nicht hinwegsehen darf. Ähnlich liegt der Fall, wenn der Ehemann versprochen hat, die Kinder in einer bestimmten Konfession zu erziehen, und diesem Versprechen nicht nachkommt; ist er auch dazu berechtigt, so ist die Frau befugt,

[1]) RG. 17. Juni 1911, JW. 40 S. 765.

[2]) RG. 29. November 1906, JW. 36 S. 48.

sich wenigstens insofern von ihm zu verfremden, daß sie ihm die weitere Begattung versagt, wodurch neue Zwistigkeiten entstehen könnten[1]).

g) Eine besondere Bedeutung hat die Verfremdung während des Ehescheidungs-, Ehenichtigkeits- und Eheanfechtungsprozesses. Eine solche Verfremdung wird fast immer zweckmäßig, meist notwendig sein[2]). Das Recht zur Verfremdung kann in gewöhnlicher Weise zur Geltung gebracht werden[3]), regelmäßig aber erfolgt sie kraft einstweiliger Verfügung (§ 627 ZPO.), welche nicht nur die Trennung, sondern auch die Art des getrennten Lebens bestimmt: die Ehegatten haben sich dem zu fügen, das Gegenteil wäre Ehewidrigkeit. Das Regelmäßige ist natürlich, daß der Ehemann in der bisherigen Wohnung bleibt und die Frau eine andere bezieht; doch ist auch ein anderes möglich[4]), z. B. wenn die Frau ein Gewerbe betreibt und das Atelier mit der Wohnung in Verbindung steht[5]).

V. 1. Einheit des Lebens führt zur Einheit des ehelichen Aufenthaltes; diesen zu bestimmen ist Sache des Ehemannes, er kann ihn wechseln; die Frau hat ihm zu folgen (§ 1354), auch in das Ausland, vorausgesetzt, daß ihr ein entsprechendes Heim geboten wird und daß ihre Gesundheit nicht widerstrebt[6]).

2. Die Einheit des tatsächlichen Aufenthaltes bedingt auch die Einheit des rechtlichen Wohnsitzes, aber die rechtliche Einheit reicht weiter; sie tritt auch dann ein, wenn die Frau vom Manne getrennt lebt, weil es als Regel gilt, daß sie vom Manne ihren Unterhalt bezieht, mithin wirtschaftlich mit dem Wohnsitz des Mannes zusammenhängt. Nur dann gilt eine Ausnahme, wenn die Frau dem Manne berechtigtermaßen nicht ins Ausland folgt[7]); auch dann ist

---

[1]) RG. 23. November 1905, Seuffert 61 Nr. 85.

[2]) RG. 30. Mai 1900, Entsch. 46 S. 382, und 1. November 1900, Entsch. 47 S. 379; über den Anfechtungsprozeß RG. 9. Januar 1908, JW. 37 S. 110.

[3]) Posen 12. Dezember 1907, M. 16 S. 206.

[4]) RG. 30. Mai 1910, JW. 39 S. 707.

[5]) Hamm 10. Juni 1912, M. 25 S. 139.

[6]) Jena 24. November 1910, Bl. f. Thüringen 58 S. 174.

[7]) Sie hat das Recht auf inländischen Wohnsitz.

natürlich eine Ausnahme zu machen, wenn eine Ehetrennung (eine Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft) im technischen Sinn erfolgt ist und keine Wiedervereinigung stattgefunden hat (§§ 1585, 1586).

3. Der Grund des gemeinsamen Wohnsitzes bei Getrenntheit des Lebens fällt dann weg, wenn die getrennt lebende Ehefrau vom Manne keine Unterstützung erlangt. Das Recht des Unterstützungswohnsitzes hat diesen Punkt erfaßt: in solchem Fall erwirbt die Frau einen eigenen Unterstützungswohnsitz (§ 17 UnterstWG.).

VI. Einheit des Lebens führt in normalen Fällen zu regelmäßigen Begattungsakten. Die Begattung ist nicht eine notwendige, aber eine den Umständen entsprechende eheliche Funktion, die ein Ehegatte vom andern in vernünftigen Grenzen zu erwarten hat und deren grundsätzliche Verweigerung als eine Verfehlung gegen Zweck und Wesen der Ehe zu betrachten ist. Hierbei handelt es sich nicht nur um Fortpflanzung der Menschheit, was an sich schon ein wichtiger Gesichtspunkt ist, sondern auch darum, daß durch ständige Vereinigungen die eheliche Beziehung inniger gestaltet wird. Insofern kann man von ehelicher Pflicht sprechen, deren rücksichtslose Verweigerung eine Mißhandlung, eine Verunglimpfung, mindestens eine Unbill darstellt. Soweit der Unterlassung höhere Interessen zugrunde liegen, ist sie entschuldigt, jedoch nur bis zu einem bestimmten Grade; ein bescheidenes Maß der Begattung verlangt das Reichsgericht auch vom Gelehrten[1]).

3. Rechte und Pflichten

a) des Ehemannes.

§ 10.

I. Die Pflichten des Familienlebens sind Pflichten, welche im großen ganzen der Diskretion anheim stehen. Ein Hineinregieren der Rechtsordnung in die Familie unter arithmetisch scharfer Bestimmung dessen, was der eine dem anderen leisten soll, ist unangemessen: in der Familie entfaltet sich

---

[1]) Also es gilt nicht: „Die Liebe muß sein platonisch, der dürre Hofrat sprach.“ Vgl. RG. 8. Oktober 1910, JW. 39 S. 1005.

die Eigenart einer jeden Persönlichkeit. Schon das Schuldrecht kennt Verhältnisse, die sich nicht rechnerisch feststellen lassen, bei welchen der individuellen Betätigung ein großer Spielraum gewahrt bleibt, so daß die Rücksicht auf Treu und Glauben im Hinblick auf die Eigenart der Persönlichkeiten allein die Norm abgibt, nach der sich das Handeln bewegen soll. Dies gilt von der Familie noch mehr.

II. Als Haupt der Familiengemeinschaft ist der Mann Haupt des Haushaltes, er ist für das Ganze haftbar; ihm obliegt die rechtliche, ihm auch die moralische Verantwortung dafür, daß das Hauswesen nach innen und außen ordnungsmäßig gestaltet ist. Die polizeilichen Anordnungen, welche den Haushalt treffen, richten sich an den Mann; er hat dafür Sorge zu tragen und er wird gestraft, wenn nach der einen oder anderen Seite hin Überschreitungen stattfinden; er ist Dritten haftbar, wenn jemand durch mangelhafte Einrichtung der Wohnräume verletzt wird, ohne Rücksicht darauf, ob er oder die Ehefrau Hauseigentümer ist[1]): er ist, obgleich die Dienstbotensorge das Eigengebiet der Frau zu sein pflegt, dafür haftbar, daß diese in gesundheitsmäßiger Weise untergebracht und behandelt werden[2]).

Der Mann ist auch moralisch verantwortlich für das, was unter den Mitgliedern des Haushaltes vor sich geht, soweit er nicht die nötige Umsicht übt, daß das Haus rein und lauter bleibt. Insofern hat er heute wie von jeher die Sorge zu tragen für die Heilighaltung des häuslichen Herdes. Daher kommt es auch, daß der Mann für Verkuppelung der Frau bestraft wird (§ 181 StGB.), während ein ähnliches Verhalten der Frau gegenüber dem Manne straflos bleibt. Daher kommt es, daß die Beleidigung eines Hausgenossen auch eine Beleidigung des Ehemannes sein kann, so aber auch ein ehewidriger Umgang mit der Frau, obgleich dieser natürlich keine Injurie gegen die Frau selbst enthält[3]). Daraus ergibt sich auch, daß noch heutzutage der Mann das Recht haben muß, die an die Frau einlaufenden Briefe zu erbrechen:

---

[1]) RG. 10. Juni 1909, JW. 38 S. 415.

[2]) RG. 29. Mai 1906, JW. 35 S. 460.

[3]) Injuria mediata, vgl. Goltd. Arch. 47 S. 43 u. 147.

der Ehemann als Schützer des Hauses hat diese Befugnis, denn sonst läßt sich ein Eindringen von Unlauterkeiten und Schlechtigkeiten in das Haus nicht verhüten (§ 1354 BGB.). Daraus ergibt sich endlich, daß der Ehemann einer geisteskranken Frau die nötigen Vorsichtsmaßregeln anwenden muß, um das Publikum zu sichern, und daß er dafür nach § 832 verantwortlich ist[1]).

Daher kann auch der Ehemann seiner Frau den Betrieb eines Geschäfts insofern verbieten, als es die eheliche Wohnung mit in Anspruch nimmt. Will sie das Geschäft anderswo aufmachen, so kann der Mann sie nicht direkt hindern, er kann es aber indirekt tun, indem er eine Ordnung des Hauswesens einführt, welche mit dem Geschäft unverträglich ist. Dem muß sich die Frau fügen, sofern die Bestimmung des Mannes nicht mißbräuchlich ist. Fügt sie sich nicht, so kann er ihr Unterhalt und Zusammenwohnen verweigern. In einem Falle kann er sich auch außerhalb des häuslichen Kreises in die Geschäftsangelegenheiten der Frau einmischen: er kann ein Dienstverhältnis, welches die Frau zu persönlichen Leistungen verpflichtet, kündigen, falls er nicht seinerzeit die Zustimmung hierzu erteilt hat, ist aber bei der Kündigung an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden (§ 1358 BGB.). Auch ein Werkvertrag oder ein Auftragsgeschäft, welches die Frau zu persönlichen Leistungen verpflichtet, gehört hierher, z. B. wenn sich eine Sängerin zu einem Gastspiel, eine Architektin zu einem Hausbau, eine Dilettantin zu einer Wohltätigkeitsvorstellung verpflichtet hat. Die Kündigung erfolgt kraft persönlichen Übergriffs aus der Sphäre des Mannes in die der Frau.

III. Die tatsächliche Übung des Hausstandes führt zum Besitz des Mannes an den dem Hausstand anvertrauten Sachen, nach den Grundregeln des Besitzes[2]). Ein Mitbesitz der in Gemeinschaft lebenden Frau liegt vor, aber ein Mitbesitz untergeordneter, der Eigenart der Ehefrauenstellung entsprechender Art[3]).

---

[1]) RG. 23. November 1908, Entsch. 70 S. 48.

[2]) Enzyklop. II S. 39.

[3]) Vgl. auch Wieruszowski II S. 347; RG. 13. Juni 1910, Bay. Z. Rechtspfl. VI S. 382.

Dieser Mitbesitz ist im Sachenrecht zu erörtern: bisher wurden die Mitbesitzverhältnisse viel zu schablonenhaft behandelt.

IV. Das Haushaltungsrecht fällt nicht zusammen mit dem Vermögensrecht. Der Mann hat das Haushaltungsrecht und damit die Befugnis, das Hausmobiliar zu benutzen und nach seiner Verfügung aufzustellen, auch wenn es Eigentum der Frau ist; und wenn die Ehefrau sich von ihm tatsächlich trennt, so kann sie nicht etwa auf Grund des Eigentums das ganze Hausmobiliar mitnehmen, sondern nur bestimmte Stücke nach § 1361.

V. Diese Rechte des Mannes ergeben sich aus den Pflichten des Hausstandes; sie hören auf, wenn der Hausstand gelöst ist und die Ehegatten nicht mehr zusammenleben, sei es im Falle der Ehetrennung (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft), sei es bei sonstiger Verfremdung. Zwar würde die Verkuppelung der Frau auch hier bestraft, jedoch nur, wenn der Mann dabei aktiv tätig wäre; ein bloßes Geschehenlassen könnte ihm nur dann zum Vorwurf gereichen, wenn die Trennung ein abgekartetes Spiel war, um der Frau derartige Freiheiten zu ermöglichen. Im übrigen hört bei Ehetrennung und bei Verfremdung jede Kontrolle und jedes Untersuchungsrecht auf: die Kontrolle würde sich zur Spionage gestalten, und diese wäre gegen Anstand und Sitte.

VI. Zum Recht des Hausstandes gehört auch das Recht auf die Haushaltungstätigkeit der Frau: Aufgabe der Frau ist es, die Einzelheiten der zum unmittelbaren Lebensunterhalt dienenden Wirtschaft zu betimmen und dem Hausstande damit die nötige Stütze zu bieten (§ 1356).

Hierher gehört auch die Schlüsselgewalt, von welcher alsbald (S. 71f.) zu handeln ist. Ein Recht des Mannes im Haushaltungsbetriebe ist es auch, dieses Schlüsselrecht der Frau zu beschränken oder aufzuheben, wenn sie es mißbraucht oder wenn sie zur Leitung des Hauswesens unfähig ist. Eine solche Beschränkung ist etwas anomales; sie wirkt gegen gutgläubige Dritte nur, wenn sie durch das Güterrechtsregister öffentlich kundbar gemacht wurde (§ 1357). Die Eintragung in das Register erfolgt auf Antrag

des Mannes; der Antrag enthält bereits eine Entziehung der Schlüsselgewalt, es bedarf nicht einer besonderen vorhergehenden Erklärung des Mannes gegenüber der Frau: die der Frau zustehende Rechtsmacht ist ihr hiermit genommen[1]). Daß diese Einwirkung des Mannes unter der Kontrolle des Vormundschaftsgerichts als Ehegericht steht, wird sich unten (S. 76) ergeben.

Der Haushalt ist verschieden von dem Geschäftsbetrieb des Mannes, an dem die Frau sich nur dann zu beteiligen braucht, wenn er mit dem Haushalt eine untrennbare Einheit bildet, so daß, wer in dem einen tätig ist, es auch im anderen sein muß, wie dies namentlich bei dem Handwerk und dem Kleinhandel der Fall zu sein pflegt.

VII. Jede diskretionäre Gewalt hat ihre Grenzen[2]). Es gibt einen Punkt, wo der Mißbrauch beginnt und die Diskretion über ihre Kreise geht; so namentlich, wenn die einem jeden Rechte gesetzten Ziele ins Gegenteil verkehrt und die ihm innewohnenden Pflichten schnöde verletzt werden. Das Recht des Ehemannes ist dazu da, um den Haushalt in Ordnung zu halten, das sittliche Leben im Familienkreise zu hüten und zu wahren, den zur Familie gehörigen Personen ein lebenswertes Dasein zu ermöglichen, so daß sich ihre Anlagen entwickeln und ihre physischen und idealen Kräfte entfalten könne. Wo der Ehemann den Haushalt in der Art führt, daß diese Pflichten schnöde verletzt und diese Interessen schwer gekränkt werden, da liegt Mißbrauch vor. Wer in seinem Hause Dirnen, Säufer und Kuppler wirtschaften läßt, verfährt nicht als Ehemann, sondern als gewissenloser Lump.

VIII. Der Ehemann hat das Recht der Verteidigung der Frau.

1. Er kann die Beleidigungsklage erheben, wenn die Ehefrau beleidigt worden ist (§ 195 StGB.). Dies ist eine Klage

---

[1]) Unrichtigermaßen hat man die Eintragung für wirkungslos gehalten, wenn nicht eine Erklärung an die Frau vorherging. Wie, wenn die Frau nicht zu erreichen ist? Soll hier dem Manne nicht geholfen werden? Vgl. darüber Dresden 28. März 1911, M. 25 S. 412, Rostock 27. November 1912, M. 26 S. 260.

[2]) Vgl. oben S. 14f. Vgl. auch RG. 23. April 1908, JW. 37 S. 406.

aus dem Rechte des Ehemannes[1]), nicht eine Klage in Vertretung der Frau. Der Ehemann kann daher auch keine Buße verlangen, nicht für die Frau, aber auch nicht für sich, da für die Beleidigung nach dieser Richtung hin keine Buße festgesetzt ist[2]). Ist die Frau der beleidigende Teil und handelt es sich darum, sie durch Zahlung einer Summe von der Freiheitsstrafe zu befreien, so ist der Mann, soweit dies seinen Vermögensverhältnissen entspricht, gehalten, die Summe vorzuschießen[3]).

2. Er hat aber auch sonst, wenn der Ehefrau eine Unbill geschieht, für sie einzutreten, z. B. wenn sie irgendwo rechtswidrig zurückgehalten wird. Insofern besteht ein interdictum de uxore exhibenda noch bei uns.

3. Er kann im Strafprozeß als Beistand der Frau auftreten (§ 149 StPO.).

4. Er kann im Strafprozeß für die Frau Rechtsmittel einlegen (§§ 340, 371, 398 StPO.).

5. Er hat (namentlich bei dem gesetzlichen Gütersystem) die Kosten der Verteidigung der Frau vorzustrecken, vorbehaltlich des Ersatzes im Falle der Verurteilung (§ 1387 BGB.).

IX. 1. Der Ehemann hat die Kosten des Hausstandes zu tragen. Dahin gehört der volle Unterhalt der Frau und der Kinder. Es gehören dahin auch die Anstandsausgaben, welche das häusliche oder das gesellschaftliche Leben verlangt.

2. Seine Sache ist es daher auch, für die eheliche Wohnung zu sorgen; wohnt die Familie zur Miete, so ist das Mietsverhältnis ein Verhältnis des Mannes zum Vermieter, und wenn die Frau als Mitmieterin unterschreibt, so hat dies nur die Bedeutung, daß sie als Selbstschuldnerin mithaftet und das Vermieterpfand am Eingebrachten in allen Fällen

---

[1]) Aber nicht deswegen, weil der Ehemann mitbeleidigt ist, sondern weil er die Frau zu verteidigen hat. Ob in der Beleidigung der Frau eine injuria mediata gegen den Mann liegt, ist eine andere Frage. Vgl. oben S. 63 und Goltd. Arch. 47 S. 43, 147. Vor diesem Aufsatz hat man gewöhnlich beides durcheinandergeworfen.

[2]) KG. 3. Juni 1912, Goltd. Arch. 61 S. 368.

[3]) Vgl. Hamburg 26. Januar 1909, M. 18 S. 257.

dulden muß. Die Auflösungsgründe von Tod und Versetzung des Mieters beziehen sich nur auf den Mann, und eine Räumungsklage ist gegen den Mann zu richten[1]).

3. Der Mann hat insbesondere die Kosten des Unterhalts der Frau zu tragen, nicht bloß aus seinen Einkünften, sondern nötigenfalls auch aus dem Stamme seines Vermögens; er hat sie zu tragen, auch wenn sie aus ihrem Vermögen, ja aus den Früchten dieses Vermögens bestritten werden könnten (§ 1360), er kann insbesondere die Ehefrau wegen ihres Unterhaltes nicht auf ihre Erwerbstätigkeit oder die Möglichkeit der Erwerbstätigkeit verweisen[2]); wohl aber hat er, falls die Frau Vermögen oder Arbeits- und Erwerbsverdienst hat, einen Anspruch auf einen Beitrag (§ 1427), der sich allerdings bei der Art des Güterrechtes in verschiedener Weise verhüllen kann.

4. Der Unterhalt ist normalmäßig Naturalunterhalt, jedoch in Verbindung mit denjenigen Geldleistungen, welche das diskretionäre Einzelleben der Frau verlangt; ausnahmsweise vollzieht er sich in der Entrichtung einer Geldrente:

a) im Falle einer Verfremdung im obigen Sinne, sofern die Frau für Verfremdung einen Rechtfertigungsgrund hat; denn sonst kann der Ehemann verlangen, daß sie zurückkehrt und das Leben mit ihm teilt[3]). Der Rechtfertigungsgrund kann auf dem positiven Rechte der Frau beruhen[4]), aber auch auf der Negative, daß der Mann sie nicht bei sich aufnimmt[5]). Besonders ist die Sache im Ehescheidungs-, Nichtigkeits- und Eheanfechtungsprozeß geordnet, wo auch in dieser Beziehung eine einstweilige Verfügung ergehen kann (§ 607 ZPO.)[6]).

---

[1]) Treffend Eckstein, JW. 41 S. 896.

[2]) Stuttgart 24. April 1913, Recht 17 Nr. 1890.

[3]) Vgl. Colmar 12. Mai 1905, M. 12 S. 301, Dresden 22. Dezember 1909, M. 21 S. 216. Ist der Mann zur Trennung berechtigt, so kann er trotzdem verlangen, mit der Frau zusammenzuleben und braucht ihr keine Rente zu leisten, Stettin 5. Februar 1901, M. 2 S. 330.

[4]) Braunschweig 9. Februar 1906, M. 12 S. 302.

[5]) Unrichtig Dresden 21. Januar 1907, M. 4 S. 340.

[6]) Über ihren Charakter vgl. Darmstadt 3. Januar 1912, Hess. Rechtspr. 1912 S. 22.

b) auch bei tatsächlichem Getrenntleben, wenn die gemeinsame Hausorganisation sich notwendig zeitweise spalten muß, so wenn der Mann im Gefängnis sitzt, oder im Krankenhaus weilt, oder auswärts zu amtieren hat[1]), oder die Ehegatten kraft Vereinbarung getrennt wohnen[2]).

Übrigens hat in beiden Fällen

α) der Unterhalt den Charakter des Unterhalts, nicht der Unterstützung; er ist daher nicht bloß im Fall der Dürftigkeit zu leisten[3]).

β) Auch hier hat die Frau einen Beitrag zu entrichten[4]), bei dessen Abmessung es allerdings wesentlich in Betracht kommen kann, ob nicht der Ehemann das Getrenntleben verschuldet und hierdurch die Kosten erhöht hat.

γ) In beiden Fällen sind der Frau aus dem gemeinsamen Vermögen die nötigen Haushaltungsstücke zu überlassen (§ 1361), natürlich in dem Stande, in dem sie sich befinden[5]). Zur Selbsthilfe ist die Frau hier natürlich ebensowenig wie sonst berechtigt[6]).

5. Der vom Manne zu leistende Unterhalt wird bemessen nach seinem Erwerb und seiner Erwerbsfähigkeit. Dabei gilt natürlich der Satz: Der Mann hat ein Recht auf seinen Beruf, der Beruf ist Sache inneren Antriebes und charaktervoller Überzeugung: die Frau kann, um reicheren Unterhalt zu erlangen, dem Gelehrten nicht zumuten, daß er eine gewinnbringende Beschäftigung betreibe, oder dem Richter, daß er Anwalt werde, dem in Ehrenämtern Tätigen, daß er von

---

1) Kiel 12. Juli 1905, M. 12 S. 301.

2) Dresden 10. Dezember 1901, M. 4 S. 83 und Dresden 8. Mai 1903, M. 7 S. 44. Über alle diese Fragen sind wegen der unkorrekten Fassung des § 1361 eine Menge von Entscheidungen ergangen, die im einzelnen nicht aufzuzählen sind, vgl. M. 12 S. 300, 301, M. 26 S. 217.

3) RG. 18. April 1904, JW. 33 S. 294.

4) RG. 27. Mai 1907, Entsch. 67 S. 1 und RG. 13. Januar 1908, JW. 37 S. 110.

5) Eine Reparatur, Erneuerung, Neuanschaffung hat die Frau nicht zu beanspruchen; sie kann nur verlangen, daß die Unterhaltsrente so bemessen wird, um ihr in Verbindung mit dem vorhandenen Möbelwerk ein standesmäßiges Leben zu ermöglichen; KG. 24. März 1903, M. 7 S. 45, KG. 22. April 1910, M. 21 S. 215.

6) Kiel 1. Oktober 1907, M. 16 S. 209.

den uneinträglichen Ehrenämtern zurücktrete. Natürlich gilt dies in den Schranken des vernünftigen Lebens: unverständige Launen sind kein Beruf.

6. Die Unterhaltspflicht ist eine familienrechtliche, keine schuldrechtliche; es gilt hierfür, was später über die Verwandtenunterstützungspflicht auszuführen ist. Insbesondere gilt auch hier der Satz, daß die Höhe der Unterhaltspflicht wechselt[1]) und die Pflicht unter Umständen ganz wegfällt, wenn die Vermögensverhältnisse der Ehegatten dies als billig erscheinen lassen (§ 1361 Abs. 2).

7. Voreheliche Vereinbarungen über den der Frau zu leistenden Unterhalt haben keine bindende Bedeutung; sie gewähren nur Aussichten, deren unbegründete Verkümmerung allerdings von der Ehefrau als Unzuträglichkeit empfunden werden darf[2]). Ein Verzicht auf den Unterhalt für die Zukunft ist unzulässig und nichtig (§§ 1360, 1614); leben die Ehegatten verfremdet, so ist ein Abfindungsvertrag relativ bindend, vorbehaltlich der Korrektur aus besonderen Gründen[3]).

8. Umgekehrt hat die Ehefrau den Mann zu unterhalten, wenn er etwa wegen Krankheit oder Schwäche des Erwerbs unfähig ist. In diesem Falle hat die Frau ihr Vermögen zu opfern und selbst eine ihrem Stande entsprechende Erwerbstätigkeit zu ergreifen (§ 1360).

9. Der vom einen Ehegatten dem andern zu leistende Unterhalt ist der standesgemäße; er erstreckt sich nicht nur auf Nahrung, Kleidung, Hygiene, sondern auch auf die dem Stande, dem Talent und den Lebensverhältnissen angemessenen Bildungs- und Unterhaltungsmittel, z. B. Lektüre, Musikinstrument[4]), Sportausrüstung. Er kann sich mindern oder mehren je nach den Bedürfnissen der Frau und den

---

[1]) RG. 7. Oktober 1912, Recht 16 Nr. 3375.

[2]) RG. 29. Mai 1905, Entsch. 61 S. 50. In früheren Zeiten wurde den Frauen alles mögliche zugesichert, z. B. eine Frühjahrsreise, ein Aufenthalt in einem Badeort; oder es wurde ihnen versprochen, daß sie im Falle einer Geburt im einen oder anderen Orte niederkommen dürften.

[3]) RG. 6. März 1911, Warn. IV Nr. 223.

[4]) Ein Flügel, KG. 19. Oktober 1910, M. 21 S. 243.

Erwerbsverhältnissen des Mannes (§ 1361). Natürlich sind im Prozesse die Umstände darzulegen, welche eine solche Änderung rechtfertigen[1]). Sind die Mittel des Ehemannes beschränkt, so müssen sich beide Ehegatten in die Dürftigkeit teilen, der Mann kann nicht etwa wegen seiner Dürftigkeit sich vom Unterhalt ganz lossagen[2]); denn der Unterhalt des Ehegatten beruht nicht auf gewöhnlicher Unterstützungspflicht, sondern er ist Familienopfer (wovon unten zu sprechen ist), §§ 1603, 1609. Allerdings kann verlangt werden, daß in diesem Falle die Verwandten der Frau beisteuern (§ 1608).

Wegen Verfehlungen des Ehegatten kann der Rentenunterhalt auf das Notdürftige beschränkt werden[3]) (§ 1611).

b) der Ehefrau.

§ 11.

I. Wie der Ehemann das Recht des Hausstandes, so hat die Ehefrau das Recht der Aufnahme in den Hausstand und das Recht auf Führung des Haushaltes (§ 1356).

Eine Verstoßung aus dem Hausstand ist eine ehewidrige Verletzung der Frau, eine Entziehung des Haushaltes eine Entwürdigung.

Wie aber dem Rechte des Mannes der Mißbrauch ein Ziel setzt, so auch dem Rechte der Frau: sie kann durch vollständige wirtschaftliche Unfähigkeit, Nachlässigkeit und Mißverstand ihr Recht auf Führung des Haushaltes verwirken.

II. Von selbst hört die Hausstandstätigkeit auf, wenn die Ehegatten sich verfremden, nicht etwa bloß bei Ehetrennung (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft), sondern auch in sonstigen Fällen; nicht aber bei bloß räumlichem Fernsein: die Ehefrau des Schiffsoffiziers vollzieht die Haushaltungstätigkeit, auch wenn der Ehemann monatelang fern ist.

III. Zur Haushaltungstätigkeit gehört die Schlüsselgewalt, d. h. die Befugnis, die Mittel der Hauswirtschaft dem Hausvermögen zu entnehmen und Verbindlichkeiten zu be-

---

1) RG. 2. März 1911, JW. 40 S. 405.
2) Braunschweig 12. April 1912, M. 26 S. 217.
3) RG. 16. Februar 1905, JW. 34 S. 203.

gründen, für welche das Hausvermögen aufzukommen hat. Die Schlüsselgewalt steht der Ehefrau regelmäßig zu, solange ihr die Haushaltungsfürsorge gebührt[1]). Sie umfaßt den Hausbetrieb und die dem Hausbetrieb angehörigen Geschäfte, Geschäfte, welche sich auf Nahrung, Kleidung, Hygiene der Frau und der Familie[2]) und das hierbei nötige Hilfspersonal beziehen, aber auch die Wohltätigkeit und die Anstandsgeschenke, welche einem umsichtigen Betriebe entsprechen (Rosenwunder der hl. Elisabeth). Die Rechtslage richtet sich intern nach dem Stande des Haushaltes, dem tatsächlichen Zuschnitt des ehelichen Lebens, welcher durch Vermögen, allgemeinen Brauch und bisherige Eigenübung der Familie gegeben ist: dies kommt für die unter den Ehegatten spielende Frage in Betracht, ob die Frau sich innerhalb der Grenzen hält oder nicht[3]). Für die Rechtsmacht gegenüber Dritten ist maßgebend, was Dritten in dieser Beziehung erkennbar ist und was ihrer Erkenntnis zugemutet werden kann; in gewissen Fällen, namentlich bei Anschaffung von Kostbarkeiten, Ringen, Edelsteinen, Luxusteppichen, wird die Frage oft recht heikel[4]). Jedenfalls ist das Haus Dritten gegenüber dann gebunden, wenn das Geschäft mit der einen Person sich in den richtigen Schranken hält und nur dadurch, daß die Frau ähnliche Geschäfte mit mehreren Personen abschließt, in das Übermaß verfällt: der Dritte hat ein Recht darauf, daß er nur nach den ihm bekannten oder erkennbaren Geschäften beurteilt wird[5]). Die Aufnahme eines Darlehens kann nur in geringen Mengen und unter besonderen Umständen, welche zeigen, daß das Darlehen für die Haushaltung gemacht wurde, der Schlüsselgewalt zugeschrieben werden. Dasselbe gilt von Abrechnungen und Schuldanerkennungen[6]). Der Ehemann kann aber die Schlüsselgewalt erweitern.

---

[1]) KG. 2. November 1910, M. 23 S. 405.

[2]) Also nicht in einer Menge, welche über den Hausgebrauch hinausgeht und auf Umsatz hinweist, München 6. Mai 1910, M. 21 S. 212.

[3]) München 18. Januar 1911, M. 23 S. 406.

[4]) Karlsruhe 14. Mai 1901, M. 3 S. 13, Frankfurt 26. November 1907, M. 16 S. 205.

[5]) RG. 31. Mai 1905, Entsch. 61 S. 76.

[6]) Frankfurt 29. Juni 1908, M. 18 S. 254.

Eine juristische Rechnungslegung kann der Ehemann der schlüsselgewaltigen Frau nicht zumuten[1]); eine Beredung über die Geschäfte der Frau hat nur die Bedeutung, der Frau die Ansicht des Mannes kundzugeben und diesen zu dem Beschluß zu bestimmen, ob und in welchem Umfang er der Frau die Schlüsselgewalt belassen will: die Schlüsselgewalt beruht auf familienrechtlicher Grundlage, sie ist kein Auftragsverhältnis.

IV. In der Schlüsselgewalt handelt die Frau für das Haus, und das Haus muß ihre Rechtshandlungen anerkennen — und da das Haus zunächst im ehemännlichen Vermögen verkörpert ist, so ist zu sagen: verpflichtet wird der Ehemann. Man bezeichnet darum die Schlüsselgewalt vielfach in der Art, daß die Ehefrau als Stellvertreterin des Mannes handle (§ 1357)[2]). Dies ist unzutreffend. In wessen Namen die Frau tätig ist, kommt nicht in Betracht; wesentlich ist nur, daß die Frau innerhalb des Bereiches der Haushaltungsgeschäfte handelt: tut sie dies, so springt das Geschäft sofort in seinen Rechtswirkungen auf den Ehemann über, und es treten die Folgen ein, wie wenn der Ehemann das Geschäft abgeschlossen hätte. Wie aber die Frau verpflichtet ist, eventuell zur Haushaltung Beiträge aus ihrem Vermögen zu leisten, namentlich wenn das Vermögen des Mannes nicht ausreicht oder erschöpft ist, so versteht sich von selbst, daß die Frau auch Dritten subsidiär für die Wirtschaftsschulden aufkommen muß[3]). Dies hat das Schweizer Gesetz §§ 207, 220 mit seiner gewohnten Umsicht ausgesprochen; die Verfasser des BGB. haben es zu sagen unterlassen. Es ist aber auch bei uns anzunehmen; denn eine Frau, die für den Haushalt eintritt, erklärt damit dem Dritten von selbst, daß sie eventuell zur Entlastung beitragen will[4]).

---

[1]) Vgl. Stuttgart 20. Dezember 1907, M. 16 S. 207.

[2]) So LGB. § 1357: „Die Frau ist berechtigt, den Mann zu vertreten"; „Rechtsgeschäfte . . . gelten als im Namen des Mannes vorgenommen". Eine recht unbehilfliche Ausdrucksform, welche dem Wesen der Ehe nicht entspricht und unserer Anschauung zuwider ist.

[3]) Man denke sich ein Handeln der Frau bei Geschäftsunfähigkeit des Mannes, Celle 11. April 1908, M. 18 S. 254.

[4]) Die Gerichte zeigen mindestens das Bestreben, in gewissen Fällen eine Selbstverpflichtung der Frau anzunehmen, z. B. wenn

V. Sollte der Ehemann, bevor die Frau ein Schlüsselgeschäft abgeschlossen hat, sich einmischen und das Geschäft verbieten, so wäre dies als eine partielle Entziehung der Schlüsselgewalt zu betrachten, auf welche die Grundsätze von der Entziehung der Schlüsselgewalt Anwendung fänden.

VI. Die Schlüsselgewalt steht auch der minderjährigen Frau zu; insofern gilt auch bei uns der Grundsatz: Ehe macht mündig.

VII. Führt die Frau die Schlüsselgewalt nach dem Tode des Mannes weiter, so gelten für das Verhältnis der gutgläubigen Frau und für den gutgläubigen Dritten die gewöhnlichen Grundsätze. Gutgläubig ist, wer in entschuldbarer Unkenntnis handelt.

4. Die Ehe vor Gericht.

§ 12.

I. Aus dem oben (S. 51, 62) Ausgeführten ergibt sich von selbst: Die Ehe ist nur als Gesamtheit, nicht auch in ihren Einzelheiten Gegenstand rechtlicher Regelung: es kann jeder Teil vom anderen verlangen, daß er sich so verhalte, wie es der Bestimmung des Rechtsverhältnisses entspricht; diese Bestimmung aber läßt unendliche Varianten zu: eine Befugnis, zu verlangen, daß der andere Ehegatte stets eine bestimmte Variante wählt, besteht nicht. Daher kann die Rechtsordnung keine Einzelansprüche feststellen. Dies gilt bezüglich des geschlechtlichen Lebens wie sonst: Einzelheiten des ehelichen Verkehrs eignen sich nicht zu Gerichtsansprüchen. Daher kann die Frage, ob eine einzelne Handlungsweise des Ehegatten als Verstoß gegen die Ehe oder

---

sie in zahnärztliche Behandlung geht, Köln 21. Oktober 1910, M. 23 S. 407, Colmar 21. Oktober 1910, M. 23 S. 407; oder sie doch als Mitverpflichtete zu betrachten, RG. 30. Juni 1911, JW. 40 S. 766. Bei ärztlicher Konsultation ist eine Haftung der Frau besonders dann geboten, wenn die Beratung geheim bleiben soll, Breslau 5. Oktober 1909, M. 21 S. 216. Vgl. auch die Aufsätze in der JZ. 15 S. 406, 759, welche zeigen, wie sehr die Praxis nach einer solchen aushilfsweisen Haftung drängt.

als Mißbrauch des ehelichen Rechts zu gelten hat, nicht vor Gericht gebracht werden, und es ist unzulässig, daß der Richter etwa in der Art in die Ehe eingreift, daß er eine gewisse Tätigkeit bei Strafe verbietet, z. B. den Umgang mit einem Dritten, welcher das eheliche Recht eines Gatten verletzt, oder eine Vernachlässigung der Ehefrau durch Wirtshaussitzen oder durch Klubleben[1]). Wollte man derartige Verbote ergehen lassen, so würde das Gericht zu einer ehelichen Erziehungsanstalt und die Regelung zu einem ständigen Gegenstand arithmetisch-juristischer Erwägung. Schließlich könnte das Gericht auch erkennen, daß es unzulässig ist, wenn der Gelehrte seiner Frau nicht die entsprechende Anzahl von Stunden schenkt oder ein beschäftigter Anwalt ihr nicht für die nötig erscheinenden Besuche zur Verfügung steht. Man könnte die zahlreichen Imponderabilien, welche das Leben beherrschen, nicht berücksichtigen; das Gericht könnte ja nicht in die geheimsten Falten des Denkens und Handelns hineinblicken, es wäre genötigt, eine verbindliche Norm des Handelns aufzustellen, welche, als pedantische Schulregel, des ehelichen Lebens unwürdig wäre und als Durchschnittsnorm der Unendlichkeit menschlichen Denkens und Empfindens widerstrebte.

Derartige Dinge würden sich nur zur Versöhnungstätigkeit für Einigungsämter, nicht zur gerichtlichen Entscheidung eignen. Ob es nicht angemessen wäre, solche mit Vertrauenspersonen besetzte Einigungsämter zu errichten, ist eine andere Frage, die der Zukunft des Rechts überlassen bleiben muß.

II. Dagegen ist das eheliche Leben als Ganzes Gegenstand des Rechts, indem zur gerichtlichen Entscheidung gebracht werden kann, ob das Verhalten des einen Ehegatten der ehelichen Aufgabe entspricht oder nicht; hierbei können alle Einzelheiten des ehelichen Lebens mit erwogen werden,

---

[1]) Dies habe ich bereits vor Jahren in „Ungehorsam und Vollstreckung“ S. 105 dargelegt. Urteile, wie nach dem Röm. Stadtrecht von 1363 II 29, wo der Mann durch Geldbuße gezwungen werden konnte, nicht mehr mit einer Konkubine zu leben: constringere quod deserat concubinam, wären heutzutage nicht denkbar. Vgl. auch RG. 22. April 1909, Entsch. 71 S. 85.

und hiernach hat das Gericht zu entscheiden, ob einem Ehegatten das Zusammenleben unter den gegebenen Verhältnissen zugemutet werden kann, und ob der andere Ehegatte, wenn er das Zusammenleben begehrt, nicht in der oder jener Weise sein Verhalten zu ändern hat. Darüber entscheidet das Gericht, wenn die Pflicht zur Herstellung des ehelichen Zusammenlebens in Frage kommt, und dafür gibt unser Recht die Möglichkeit der prozessualen Klage (§§ 606f. ZPO.)[1]).

Indirekt kann dies auch geschehen, indem der Ehemann der getrenntlebenden Frau die Unterhaltsmittel entzieht, bis sie wieder zu ihm zurückkehrt; hier kann erörtert werden, ob die Verfremdung eine berechtigte ist oder nicht[2]).

III. Vorbehalten sind einige Fälle, in welchen nach den Regeln der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein direkter Eingriff des Vormundschaftsgerichts stattfindet, welches hier nicht als Obervormundschaft, sondern als Ehegericht wirkt:

1. Wenn der Mann die Schlüsselgewalt der Frau beschränkt oder ganz aufhebt, und wenn die Frau behauptet, daß hierin ein Mißbrauch seines Rechts liegt, so kann das Ehegericht eingreifen und die entziehende oder beschränkende Verfügung des Mannes aufheben (§ 1357 BGB.)[3]).

2. Wenn der Mann Dienstverhältnisse, welche die Frau zu persönlichen Leistungen verpflichten, kündigen will, so bedarf er der Ermächtigung des Ehegerichts; und wenn er (oder an seiner Stelle das Ehegericht) zum Abschluß des Vertrages oder zur Fortdauer des Verhältnisses seine Zustimmung gegeben hat, so ist eine solche Kündigung überhaupt ausgeschlossen (§ 1358)[4]).

---

[1]) Daher ist die Klage unentbehrlich; treffend Gause, Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (1910) S. 66f.

[2]) So auch, wenn die Nervosität des einen Ehegatten die Trennung veranlaßt und der andere Teil geltend macht, daß diese Nervosität durch ein Heilverfahren beseitigt werden könne, dem jener sich zu unterwerfen habe, RG. 14. April 1902 und 1. Dezember 1904, Entsch. 51 S. 182 und 59 S. 256.

[3]) Frühere Rechte verlangen schon zur Entziehung der Schlüsselgewalt richterliche Hilfe, z. B. Preuß. LR. II 1 § 323.

[4]) Vgl. schon oben S. 65f., 14.

3. Unter Umständen kann das Vormundschaftsgericht als Ehegericht dem einen Ehegatten die Zustimmung zu Vermögensverfügungen verschaffen, wenn der andere Teil die erforderliche Zustimmung zu einer (durch die Umstände gebotenen) Verfügung verweigert (§§ 1379, 1402, 1451).

4. In allen drei Fällen wirkt die Bestimmung des Ehegerichts mit der Rechtskraft (§ 53 GfG.), die Verfügung unterliegt daher der sofortigen Beschwerde (§ 60 Z. 6); doch kann bei Gefahr in Verzug die sofortige Wirksamkeit angeordnet werden.

5. Dazu kommt, daß das Ehegericht die Möglichkeit bietet, durch Veröffentlichungen in rechtsbedeutsamer Weise auf das Publikum einzuwirken; hierfür ist das Güterrechtsregister gegeben (§§ 1435, 1558f., 1357, 1405, 1452).

IV. Vorbehalten sind ferner einige Fälle, bei welchen wegen des Verhältnisses zu Dritten oder wegen vermögensrechtlicher Schwierigkeiten eine Klage bei dem Prozeßgericht gestattet ist; so

1. wenn die Frau es in einer den Ehemann verletzenden Weise unterläßt, den ehelichen Namen zu führen[1]),

2. wenn der eine Ehegatte vom anderen, namentlich die Frau vom Manne den nötigen Unterhalt verlangt (§ 1361 BGB.)[2]), oder das nötige Wirtschaftsgeld, weil sonst das ganze Haus in Not geriete[3]).

3. im Falle des Schikanehandelns.

Hier gilt folgendes:

Ein Schikanehandeln, welches die ehegerichtliche Fürsorge unwirksam machen will, ist unerlaubt und kann durch das Prozeßgericht bei Strafe verboten werden. Ein solches Schikanehandeln kann vorliegen, wenn der Ehegatte den Vorsprung benutzt, den ihm die tatsächlichen Verhältnisse gegenüber dem Ehegerichte gewähren.

---

[1]) Vgl. Gauß, Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens S. 39f.

[2]) Braunschweig 7. Juni 1912, M. 26 S. 212.

[3]) Hier ist eine einstweilige Verfügung angezeigt, Stettin 8. Juli 1902, M. 5 S. 395.

a) So im Falle III 1: der Mann entzieht der Frau die Schlüsselgewalt, das Ehegericht hebt das ehemännliche Verbot als mißbräuchlich auf; daraufhin entzieht der Mann die Schlüsselgewalt von neuem, so daß eine neue Entscheidung des Ehegerichts ergehen muß, und so in infinitum. Der Mann benutzt den tatsächlichen Vorsprung zur Schikane.

b) Umgekehrt kann auch die Frau den Ehemann und das Vormundschaftsgericht schikanieren, indem sie, nachdem ihr Dienstverhältnis gekündigt worden ist, sofort ein neues eingeht, das wieder gekündigt werden muß usw.

In beiden Fällen kann eine Klage dahin erhoben werden, daß ein weiteres Schikanehandeln bei Strafe untersagt wird (§ 226 BGB.).

Anhang.

Außereheliches Begattungsverhältnis.

§ 13.

I. Das außereheliche Begattungsverhältnis läßt das Recht unbeachtet; auch eine regelmäßige Beziehung, welche zur vollen Lebensgemeinschaft führt, ist, wenn sie sich nicht als Ehe gestaltet, zivilrechtlich bedeutungslos. Allerdings Strafen gegen freie Lebensbeziehung kennen glücklicherweise nur einige wenige Landesrechte; sie beruhen auf veralteten Vorurteilen. Jedoch darf man hierbei nicht stehen bleiben: die Erhebung der freien Liebe (mit stetem Widerrufsrecht) zu einem Rechtsverhältnis mindestens in der Art, daß die daraus hervorgehenden Kinder als väterlich anerkannte Kinder gelten, ist eine Forderung der Gegenwart.

II. Unser Recht knüpft nur in einem Fall ein rechtliches Band zwischen Mann und Frau, welche sich außerehelich begatten; wenn daraus ein (lebendes oder totes) Kind hervorgeht, so besteht zwischen dem Erzeuger[1]) und der Mutter eine Rechtsbeziehung, die allerdings nur kurze Zeit dauert. Sie beginnt mit der Geburt und löst sich nach dem Wochenbett, welches auf mindestens 6 Wochen geschätzt wird (§ 1715).

---

[1]) Wer als Erzeuger zu gelten hat, ist nach denselben Bestimmungen zu beurteilen, wie bei dem Verhältnis der natürlichen Kinder. Die Frage ist dort zu besprechen.

Es zeigt sich in einer Unterstützungspflicht für den Entbindungs- und Wochenbettaufwand und in der Tragung der durch die Folgen der Schwangerschaft, die Geburt und die Folgen der Geburt herbeigeführten hygienischen Aufwendungen: für diese soll der Erzeuger aufkommen, aber nur für diese.

1. Er hat also nicht aufzukommen für die Kosten der Schwangerschaft, auch nicht wenn diese zu Krankheitserscheinungen und besonderen hygienischen Anforderungen während der Schwangerschaftsperiode führt (§ 1715).

2. Er hat nicht aufzukommen für die Kosten im Falle einer Frühgeburt und des frühzeitigen Abganges der Frucht.

3. Er hat nur für die Aufwendungen aufzukommen, nicht für die durch die hygienischen Verhältnisse herbeigeführte Erwerbsunmöglichkeit oder Erwerbsbeschränkung.

4. Er hat noch weniger für die sozialen Folgen aufzukommen, wenn die Mutter etwa ihre Stellung verliert oder sonst in ihrem Fortkommen geschmälert wird; eine umfangreichere Haftung ist nur im Falle besonderer Verschuldung gegeben; allein dann ist sie eine Haftung aus unrechter Tat, wie eine andere, die also nicht hierher gehört[1]).

III. Die Unterstützungspflicht ist eine quasifamiliäre Unterstützungspflicht, sie ist nicht, wie die gewöhnliche Lehre meint, eine obligationsrechtliche Schuldverpflichtung. Daher:

1. sie kann nicht im Konkurs des Mannes geltend gemacht werden (§ 3 KO.);

2. sie ist abhängig von den sonstigen familiären Verpflichtungen des Erzeugers und abhängig von dem etwaigen Reichtum und der Wohlhabenheit der Mutter; hat doch auch die Ehefrau einen Beitrag zu den Lasten der Ehe zu leisten.

3. Außerdem muß der sonstige familiäre Pflichtenkreis des Erzeugers beachtet und in solchen Kollisionsfällen eine billige Ausgleichung gesucht werden.

4. Der Anspruch geht wie bei anderen anomalen Unterstützungspflichten auch gegen die Erben des Mannes (§ 1715), nur daß der Erbe die Mutter mit der Hälfte des Ehefrauenpflichtteils abfinden kann (Rechtsähnlichkeit von § 1712).

---

[1]) Vgl. in dieser Beziehung meine Nachweise im Jahrb. f. Dogmatik XXV S. 279f.

IV. Daß für die Beitreibung eine besondere Erleichterung gegeben ist (einstweilige Verfügung § 1716), ist eine Bestimmung prozessualer Natur. Der Prozeß bietet hier eine Besonderheit: für einen Anspruch, der erst mit der eventuellen Geburt entsteht, entspinnen sich bereits vorher prozessuale Vorgänge, welche eine Leistung im Momente der Geburt garantieren: also eine vorwirkende prozessuale Betätigung, damit das Ergebnis rechtzeitig zur Stelle ist.

III. Entstehung der Ehe.

I. Titel.
Wesenselemente.

I. Kapitel.
Allgemeines.

§ 14.

I. Die obligatorische Zivilehe ist keineswegs eine Kulturkampfschöpfung, sie ist eine der großen Errungenschaften aus dem Anfang des 19. Jahrhunderts. Entweder gestaltet man die Eheschließung formlos, und davon ging die katholische Kirche aus, bevor das Konzil von Trient das alte Recht erschütterte, oder man knüpft sie an eine Form, welche die Parteien allein ohne öffentliche Organe erfüllen können, oder man heftet sie an eine Form, welche staatlicher Mitwirkung bedarf.

II. Eine Form, welche die Parteien allein ohne öffentliche Organe erfüllen können, wäre im höchsten Grade ungeeignet, denn es gehört mit zu den Pflichten des Staates, dahin zu wirken, daß keine ungültigen Ehen abgeschlossen werden. Und auch wenn die Parteien sich dabei der Organe einer anderen Kulturmacht, wie der Kirche, bedienten, so wäre dies nicht zu empfehlen, denn der Staat darf nicht derartig wichtige Interessen anderen Gemeinschaften überlassen. Ein wenig empfehlenswerter Zustand ist es auch, wenn der Staat die Wahl gewährt zwischen seinen Organen und den Organen einer religiösen Gesellschaft (sogenannte fakultative Zivilehe). Diese ist zwar in England und in Amerika gegeben, sie hat aber namentlich in Amerika zu bedenklichen Folgen geführt.

Hier hat der Staat gar keine Sicherheit dafür, daß bei der Prüfung der Ehevoraussetzung und bei der Beurkundung der Ehe die richtigen Grundsätze befolgt werden; er könnte nur dann einige Gewähr übernehmen, wenn man ihm die Oberaufsicht über derartige Institute gestattete: eine derartige Kontrolle hat sich aber immer als ein Übel erwiesen und zu den bedenklichsten Konflikten Anlaß gegeben. Daher ist die obligatorische Zivilehe das einzig richtige. Diese Idee hat seit hundert Jahren nicht nur im Code Napoleon, sondern auch in anderen Ländern triumphiert, selbst in Italien, wo man sonst in der Ehe auf rückschrittlichem Standpunkte steht; vor allem hat das deutsche wie das Schweizer Recht die obligatorische Zivilehe angenommen, und zwar das Schweizer Recht nicht erst durch das Eugen Hubersche Gesetzbuch, sondern schon viel früher durch das Bundesgesetz von 1873.

III. Dies schließt nicht aus, daß die Ehegatten der Zivilehe die kirchliche Trauung nachfolgen lassen. Diesen Brauch kann man in verschiedenem Sinn auffassen: entweder in der Art, daß von nun an erst eine bürgerliche Ehe begänne; das kann aber die Kirche nicht verlangen. Wohl aber kann folgendes gelten:

1. daß die Kirche in bezug auf ihren Kreis nur die Personen, welche kirchlich getraut sind, als verheiratet ansieht. Damit stellt sie sich nicht in Widerspruch mit dem Staat, denn sie leugnet nicht die bürgerliche Wirkung der Zivilehe, sondern sagt nur, daß sie in ihrem Kreise die bürgerliche Ehe nicht als Ehe anerkennt; ähnlich wie wenn z. B. in Adelskreisen die Auffassung herrscht, daß eine Mißheirat nicht als Ehe gilt und ihre Kinder nicht in den Kreis der Adligen aufgenommen werden sollen;

2. die kirchliche Trauung kann aber auch die Bedeutung haben, daß die Kirche eine ohne Trauung vollzogene Ehe als Ehe ansieht, aber als eine Ehe ohne kirchliche Weihe. In diesem Falle läßt sie die bürgerlichen Folgen der Ehe auch für die Kirche gelten, betrachtet daher insbesondere die Kinder einer bloßen Zivilehe als eheliche, aber sie schließt die Personen, welche sich der kirchlichen Weihe nicht unterzogen haben, aus, oder belegt sie mit kirchlichen

Bußen. Dies steht ihr zu, und wenn darin ein indirekter Zwang zur kirchlichen Eheschließung liegt, so ist ein solcher Zwang nicht widerrechtlich.

Welchen Standpunkt die einzelnen Kirchen einnehmen, ist nicht immer klar ersichtlich: die beiden oben bezeichneten Gesichtspunkte werden nicht immer auseinandergehalten. Im Zweifel ist aber der letztere anzunehmen, denn eine völlige kirchliche Ignorierung der bürgerlichen Ehe in der Art, daß die aus ihr hervorgehenden Kinder kirchlich als außerehelich gälten und etwa, wenn sie sich später kirchlich verheiraten wollen, nicht der Zustimmung ihrer legitimen Eltern bedürften, sondern die Zustimmung derjenigen Personen, die bei unehelichen Kindern ihre Einwilligung zu geben hätten, läßt sich schwer durchführen. Die Kirchen müssen mehr oder minder mit den vorhandenen bürgerlichen Verhältnissen rechnen. Daß aber der Gesichtspunkt zu 2 gerechtfertigt ist, erkennt auch das BGB. in § 1588 ausdrücklich an.

IV. Ein Zwang, den kirchlichen Eheschluß folgen zu lassen, ist natürlich ausgeschlossen[1]). Über die Schwierigkeit, welche entsteht, wenn ein Ehegatte nach der bürgerlichen Eheschließung die Lebensgemeinschaft so lange verweigert, bis die kirchliche Trauung erfolgt ist, ist bereits gehandelt worden, S. 60.

V. Der Standesbeamte hat nicht nur beurkundende, sondern auch prüfende Funktionen: er ist gewissermaßen für die Gültigkeit der Ehe verantwortlich und soll nur dann zur Eheschließung schreiten, wenn er nach sorgfältiger Prüfung erkannt hat, daß die Voraussetzungen gegeben sind; daher auch die (übermäßig) schwere Strafbestimmung des § 338 StGB. Sein Wirken hat außerdem einen rechtsverkündenden Charakter, denn er schließt die Ehe vor dem Publikum und macht, wie schon Rousseau ausgesprochen hat, das Publikum zum Zeugen dieses Aktes.

VI. Daraus geht hervor:

1. Die Eheschließung kann nicht ohne seine gewillkürte Mitwirkung stattfinden. Es genügt nicht, wenn er unwillkürlicher Zeuge ist.

---

[1]) Vgl. RG. 16. Februar 1904, Entsch. 57 S. 250.

2. Er ist aber nicht bloß gewillkürter Zeuge, sondern er ist auch verantwortliches Staatsorgan; er kann und muß daher verlangen, daß ihm die nötigen Unterlagen geboten werden. Er ist nicht nur ein bewußt handelndes, sondern ein rechtsbestätigendes und rechtsvervollständigendes Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

3. Er ist ein Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nicht ein Organ der Verwaltung, denn er ist obrigkeitlich verpflichtet, die Ehe zum Abschluß zu bringen, sobald ihre Voraussetzungen gegeben sind, auch wenn er etwa die Ehe für ungeeignet und unheilvoll erachtete, auch wenn der Eheschließende mit der Ehe sich und die Seinigen ins Verderben stürzte.

4. Es muß über ihn eine höhere Instanz obwalten, für den Fall, daß er die Eheschließung ungerechtfertigtermaßen verweigert. Diese Instanz ist das Amtsgericht als Organ freiwilliger Gerichtsbarkeit (§ 11 StandesG., § 69 GfG.). An dessen rechtskräftige Entscheidung ist der Standesbeamte gebunden[1]): durch sie entsteht eine feste Rechtslage.

VII. Daraus ergibt sich von selbst die Unwirksamkeit einer zwischen den Ehegatten abgeschlossenen Simulationsabrede: eine Simulation wirkt nur, wenn sämtliche aktiv beteiligte Personen an der Simulation teilnehmen, und zu diesen gehört auch der Standesbeamte. Sollte sich aber auch selbst einmal ein Standesbeamter zur Mitbetätigung an einer solchen Simulation verstehen, so wäre sie trotzdem unwirksam, sofern sie nicht gegenüber dem Publikum hervorträte; denn sofern der Standesbeamte dem Publikum gegenüber nichts Derartiges verlauten läßt, erklärt er, als Beamter des Staates zu handeln, und im staatsrechtlichen Verkehr gibt es keine Simulation. Anders ist es natürlich, wenn, wie z. B. auf dem Theater, der Scheincharakter der Ehe allen gegenüber zum Ausdruck kommt: hier läge keine Eheschließung vor, auch wenn zufällig ein Standesbeamter als Spieler mitwirkte.

Die Simulationsfrage war früher bestritten; man hat Bestimmungen des römischen Rechts herangezogen, die gar

[1]) KG. 25. Januar 1904, Entsch. f. G. IV S. 84.

nicht passen, weil das römische Recht nicht von der öffentlichen, sondern von der Privatehe ausging[1]). Heutzutage ergibt sich aus § 1332 in Verbindung mit §§ 1330 und 1323 zur Genüge, daß hier kein Nichtigkeits-, nicht einmal ein Anfechtungsgrund vorhanden ist. Ob im Falle der Simulation nicht der eine Ehegatte vom anderen vermögensrechtlich das herausverlangen kann, was er hätte, wenn die Ehe, so wie es verabredet und beabsichtigt war, erfolglos abgeschlossen worden wäre, ist eine andere Frage, die aber jedenfalls dann nicht zu bejahen ist, wenn die ganze Absicht eine zweiseitige turpitudo enthält, z. B. wenn zwei Personen eine solche Scheinehe abschließen wollen, um nach Belieben zusammenzuleben, aber dem Publikum gegenüber als Eheleute zu gelten. Auf diese Absicht kann sich keiner von beiden berufen, und darum ist auch eine Entschädigungsforderung, um die vermögensrechtlichen Folgen der Ehe zu neutralisieren, nicht angebracht und nicht statthaft.

VIII. Noch unwirksamer ist natürlich die Mentalreservation, der geheime Vorbehalt; er ist bei uns bedeutungslos, er war es auch nach kanonischem Recht[2]).

IX. Da die Ehe des Standesbeamten bedarf, so ist keine Ehe vorhanden, wenn der Abschluß vor irgendeiner Persönlichkeit vor sich geht, die nicht den Charakter des Standesbeamten an sich trägt, sollten auch beide Teile etwa diese Persönlichkeit für den Standesbeamten halten. Nur eine Ausnahme ist zu machen: wer im öffentlichen Leben als Standesbeamter gilt und als Standesbeamter wirkt, der wird

---

[1]) In welcher Art man hier arbeitete, zeigt Scheurl, Eherecht S. 124, der, gegenüber meinen Ausführungen in Mentalreservation und Simulation, sich einfach auf das Corpus juris bezog: simulatae nuptiae nullius momenti sunt, fr. 30 de ritu nupt. Aber Gajus war doch ein schlimmer Heide!

[2]) Über c. 26 X de sponsalibus 4, 1 vgl. meine Abhandl. in dem Jahrb. f. Dogm. 28 S. 185f.; die Entgegnung von Hinschius, Arch. f. ziv. Praxis 83 S. 321, ist völlig verfehlt. Innocenz III. hat sicher so gedacht, wie später Thomas von Aquin, Summa Theol. III qu. 64 a. 8: minister sacramenti agit in persona totius ecclesiae, cujus est minister; in verbis autem, quae profert, exprimitur intentio ecclesiae, quae sufficit ad perfectionem sacramenti, nisi contrarium exterius exprimitur . . . Dies gilt auch, wenn, wie bei der Eheschließung, die Verlobten als ministri sacramenti wirken.

einem Standesbeamten gleichgestellt (§ 1319 BGB.), nach dem allgemeinen staatsrechtlichen Grundsatze: Jedes Staatsorgan wird durch seine anerkannte öffentliche Wirksamkeit legalisiert[1]); man muß sich auf den Spruch des Staates verlassen können. Daher der Grundsatz: Der öffentlich als Standesbeamter Fungierende handelt wirksam, wenn ihm auch die zur Funktion nötigen Eigenschaften fehlen; so wenn er

1. keine Bestallung hat oder über die Bestallung hinaus fungiert, oder wenn er sich

2. nicht in den durch seine Bestallung gesetzten Grenzen hält.

Ein Fall zu 1. wäre z. B., wenn einer der Bürgermeister Standesbeamter ist und der andere, der sonst sein Stellvertreter ist, annähme, daß er auch als Standesbeamter ihn vertreten dürfte; oder wenn nach dem Tode des einen Standesbeamten sein Nachfolger im sonstigen Dienste als Standesbeamter tätig wäre; wobei jeder aus dem Publikum annehmen würde, daß seine Funktion eine rechtmäßige wäre (§ 1319 BGB.). Der Satz aber, daß die öffentliche Meinung der Beamtung gleichsteht, erleidet eine Ausnahme, wenn die eine der Parteien von dem Mangel wüßte, denn dann wäre er ja für sie kein Standesbeamter, und wenn er für die eine Partei kein Standesbeamter ist, so ist er kein Standesbeamter für die Ehe (§ 1319 BGB.).

X. Von dem Nichtstandesbeamten verschieden ist der unzuständige Standesbeamte; eine Ehe vor diesem ist gültig; die Vorschrift der Zuständigkeit ist nur instruktionell (§ 1320 BGB.). Verschieden ist auch der infolge von Arglist oder

---

[1]) Dies gilt bis hinauf zum Staatsoberhaupt. Die Akte des Königs Ludwig II. von Bayern waren gültig auch aus der Zeit, in welcher seine Geisteskrankheit sicher vorhanden war. Neuerdings ist auch ein Fall viel besprochen worden, wo ein Sträfling unter falschem Namen zum Gemeindebeamten ernannt wurde. Hierzu vgl. meine Bemerkungen im Berliner Tageblatt vom 23. April 1914. Schon das römische Recht bespricht den Fall richtig in der lex Barbarius Philippus, fr. 3 de officio praet. (1, 14): ein flüchtiger Sklave hatte als Prätor fungiert; seine Akte wurden für gültig erklärt. Vgl. auch fr. 3 pr. ad SC. Maced. und c. 1 de testam. (6, 23): cum eo tempore (servi) omnium consensu liberorum loco habiti sunt.

Drohung handelnde und der unzurechnungsfähige Standesbeamte. Die Tätigkeit des Standesbeamten ist wie die Tätigkeit eines Beamten in solchem Fall gültig, denn im Beamten spricht das Amt. Nur ist zu sagen, daß

1. in solchen Fällen eine Ehe aus anderen Gründen nichtig oder anfechtbar sein kann,

2. daß die Ehe dann nicht zustande kommt, wenn der Standesbeamte so geistesabwesend ist, daß von einer Entgegennahme der Erklärung nicht die Rede ist, so bei sinnloser Betrunkenheit oder eingetretener Ohnmacht.

XI. Anders liegt der Fall, wenn ein Standesbeamter außerhalb seines Bereiches, z. B. in einem Badeort, wo zufällig Landsleute mitanwesend sind, fungieren wollte, oder auf seinem Landsitze außerhalb der Gemeinde, für die er Standesbeamter ist. In diesem Fall wäre nicht ein unzuständiger Standesbeamter tätig, sondern ein Nichtstandesbeamter, denn jemand ist nur Standesbeamter innerhalb des ihm zustehenden örtlichen Kreises; es könnte aber ein Fall nach § 1319 vorliegen. Eine bloße Unzuständigkeit dagegen wäre gegeben, wenn der Standesbeamte innerhalb seiner Gemeinde Personen verbände, welche nicht der Gemeinde unterstehen.

Anders ist es auch, wenn der Standesbeamte sich selbst verheiraten wollte; er darf zwar in Angelegenheit von Verwandten und Angehörigen handeln[1]), gegenüber sich selbst aber ist niemand Zeuge, niemand prüfendes Staatsorgan, niemand Standesbeamter.

II. Kapitel.

Form.

I. Erklärung, Standesbeamter, Eheregister.

§ 15.

I. Die Ehe erfolgt durch gegenseitige persönlich bekundete Einigung unter Zustimmung des Standesbeamten; einer weiteren Form bedarf sie zu ihrer Entstehung nicht: sie entsteht daher, wenn zwei Personen verschiedenen Geschlechts einem Standesbeamten in gleichzeitiger persön-

[1]) Vgl. die Bundesratsverordnung zum PersStG. vom 25. März 1899 § 27.

licher Anwesenheit erklären, daß sie hiermit eine Ehe abschließen wollen, und wenn der Standesbeamte dieser Erklärung ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt.

II. Zweckmäßig ist es, wenn Erklärung und Zustimmung sich in gemessener Form bewegen, damit jeder Zweifel ausgeschlossen ist. Darum verordnet die Gesetzgebung instruktionell, daß sich hierbei bestimmte Vorgänge in genau beschriebener Weise abspielen sollen, durch welche die oben bezeichneten Erklärungen zur Geltung kommen. Geschieht dies nicht, so ist die Ehe trotzdem gültig, allein der Standesbeamte handelt gegen seine Pflicht, wenn er die Form vernachlässigt, und die Brautleute können die gesetzliche Form verlangen (§§ 1317, 1318 BGB.).

Alles dies muß auch nach dem Schweizer Gesetz §§ 116 und 131 gelten.

III. Die Form verlangt, daß der Standesbeamte die Ehegatten, und zwar einzeln, befragt und ihre Antwort entgegennimmt. Ferner daß zwei Zeugen zugezogen werden, welche die bürgerlichen Ehrenrechte genießen, im übrigen mit den Brautleuten verwandt oder verschwägert sein dürfen, da es sich hier nicht um Interessengegensätze handelt wie bei den Verfügungen des Vermögensrechts (§§ 1317, 1318). Auch soll nur der zuständige Standesbeamte tätig sein, weil man von diesem annimmt, daß er einen Einblick in die persönlichen Verhältnisse der Brautleute hat, nämlich der Standesbeamte, in dessen Bezirk einer der Brautleute seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Eventuell wird der Standesbeamte von seinem Bundesstaat, eventuell vom Reichskanzler ernannt. Daß der zuständige Standesbeamte einen anderen beauftragen kann, ist unverfänglich (§§ 1320, 1323).

Sodann soll ein Standesbeamter regelmäßig nur nach erfolgtem Aufgebot zur Eheschließung schreiten; das Aufgebot ist eine aus dem kanonischen Recht stammende Einrichtung, um vor nichtiger oder sonst rechtswidriger Ehe zu schützen: Personen, welche etwaige Hindernisse (impedimenta impedientia oder dirimentia) kennen, sollen sie zur Anzeige bringen, um eine solche Ehe zu verhüten. Daher ist das Aufgebot da bekanntzumachen, wo man annimmt, daß

Personen vorhanden sind, die mit den Brautleuten in näherer Berührung stehen, nämlich in den Gemeinden, in welchen die Brautleute ihren Wohnsitz haben, außerdem noch eventuell in der Gemeinde des Aufenthaltes, und wenn der Wohnsitz in den letzten sechs Monaten gewechselt wurde, auch in der Gemeinde des früheren Wohnsitzes (§ 46 PersStG.). Die Art der Bekanntmachung im In- und Auslande ist in §§ 46 und 47 des Gesetzes näher geregelt. Nur in Fällen der Not, wenn eines der Brautleute kraft ärztlicher Bescheinigung lebensgefährlich erkrankt ist, darf der Standesbeamte die Ehe ohne Aufgebot abschließen (§ 50 PersStG.), auch kann behördlicher Dispens erteilt werden (§ 1316). Außerdem ist zu bemerken:

Das Aufgebot wirkt nur für die Gegenwart, es wirkt nicht über sechs Monate hinaus; eine nach sechs Monaten abzuschließende Ehe bedarf eines neuen Aufgebots (§ 1316).

IV. Werden auf Grund des Aufgebots oder sonst Ehehindernisse mitgeteilt, so hat der Standesbeamte zu prüfen, ob die Ehe stattfinden kann oder nicht (§ 48 PersStG.), vorbehaltlich der Anrufung des Amtsgerichts als des ihm übergeordneten Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 11 PersStG., § 69 GfG.). Eine Erledigung der Widersprüche durch Prozeß, eine Klage auf Untersagung der Ehe wie nach Schweizer Recht (§§ 111, 112) findet bei uns nicht statt, was ein Fehler ist, da hier möglicherweise die wichtigsten Interessen obschweben und die schwierigsten Fragen anstehen.

V. Der Standesbeamte hat bei Stummen, Tauben und Fremdsprachigen unter Umständen einen Dolmetscher zuzuziehen, der an Eides Statt zu verpflichten ist (§§ 10 und 11 VO., Bekanntmachung vom 25. März 1899).

VI. Die Ehe ist in das Heiratsregister einzutragen; die Eintragung hat eine sehr große tatsächliche, auch einige juristische Bedeutung, ist aber keine Bedingung für die Gültigkeit der Ehe; sie kann umgekehrt nicht die Gültigkeit herbeiführen, wo es an dem Wesen der Ehe fehlt: daher hat eine Eintragung, wenn die Eheschließung vor dem Standesbeamten nicht erfolgt ist, nicht die Wirkung, daß die Ehe trotzdem zustande kommt, abgesehen von einem Fall, der

alsbald (S. 91) zu besprechen ist. Im übrigen ist eine jede Ehe einzutragen, welche in der Tat eine Ehe ist, auch die nichtige Ehe, bei welcher der Standesbeamte sich nachträglich von der Nichtigkeit überzeugt.

VII. Was einzutragen ist, bestimmt § 54 PersStG. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wird nicht eingetragen[1]). Im übrigen ist das Heiratsregister ein Teil des Standesregisters. Seine Führung unterliegt den Regeln der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 69—71 GfG.). Es ist vom Standesbeamten selbst zu führen (§ 1318). Über seine Berichtigung und Vervollständigung vgl. KG. 25. Mai 1903, Entsch. f. freiw. Gerichtsb. 4 S. 6, über Randeinträge § 55 PersStG.

Das Heiratsregister ist wie die übrigen Standesregister öffentlich und den Interessenten zur Einsicht zugänglich (§ 16 PersStG.). Ein Antrag auf allgemeine Einsichtnahme ohne spezielles Interesse kann aber abgelehnt werden[2]).

Der Staat hat die Führung des Heiratsregisters wegen ihrer ganz eminenten individuellen und sozialen Bedeutung streng zu überwachen.

VIII. Die Eheschließung kann nicht bedingt erfolgen, denn die Ehe ist ein Rechtsverhältnis mit notwendiger Momentanwirkung; eine bedingte Ehe wäre eine Nichtehe; auch eine Eheschließung mit einer auf die Vergangenheit oder Gegenwart gerichteten Bedingung wäre eine Nichtehe.

Die einzige Art der möglichen Bedingung ist die Bedingung bei Wiederholung der Ehe.

IX. Eine Wiederholung der Ehe kann nur im Falle glaubhaft gemachten Interesses erfolgen. Die Wirkung ist ähnlich wie im Kirchenrecht die Wiederholung der Taufe: sollte die bisherige Ehe eine bloß vermeintliche sein, so tritt jetzt an ihre Stelle eine wirkliche; sollte sie eine nichtige sein, so an ihre Stelle eine gültige; sollte sie eine anfechtbare sein, so an ihre Stelle eine unanfechtbare. Der

---

[1]) KG. 4. Oktober 1906, Entsch. freiw. Gerichtsb. VIII S. 11.

[2]) OLG. Stuttgart 25. Januar 1905, Entsch. freiw. Gerichtsb. V S. 138.

wiederholte Abschluß ist natürlich ein Abschluß für die Zukunft. Auf die Vergangenheit kann er nur insofern wirken, als der Abschluß der Ehe zu gleicher Zeit eine Bestätigung der früheren Ehe enthält (§ 1309). Natürlich muß diese bedingte Ehe im übrigen unbedingt sein: die Beziehung auf eine etwaige frühere Ehe ist die einzige statthafte Bedingung.

X. Die Eheschließung kann nur erfolgen mit bestimmter gesetzlicher Ehewirkung. Sie läßt zwar in bezug auf Vermögenswirkung Modifikationen zu, nicht aber in bezug auf Persönlichkeitsverhältnisse. Sie ist ein notwendiges Typengeschäft. Daher gilt, wie bei allen Typengeschäften, der Satz, daß Bestimmungen, die im Widerspruch damit getroffen wurden, unwirksam sind, während im übrigen die Ehe zu Recht besteht.

Solche Bestimmungen können daher auch nicht dazu führen, die Ehe zu einem Scheinverhältnis oder zu einer Nichtehe zu machen: wenn zwei Personen eine Ehe eingehen bloß um des „gesellschaftlichen Tones" willen und die verschiedensten Bedingungen ausmachen, welche die persönlichen Wirkungen der Ehe aufheben, so ist die Ehe vollkommen abgeschlossen, und man kann nicht etwa sagen, daß ein nichtiges Scheingeschäft oder eine durch Eheform verdeckte Nichtehe vorläge: alles, was zum Schein oder zur Unwirklichkeit führen würde, fällt von selber zusammen. Inwiefern hier das Zusammenleben beansprucht werden kann, ist eine andere Frage, welche von der Frage der Gültigkeit der Ehe unabhängig ist (S. 83). Ebenso ist es eine andere Frage, wie sich der Standesbeamte zu verhalten hat, wenn ihm die Brautleute eine Ehe mit derartigen Klauseln zur Bestätigung vorschlagen: er hat natürlich zu erklären, daß er nur zu einer Ehe mit den gesetzlichen Bestimmungen und Einrichtungen seine Zustimmung gebe, und gibt er seine Zustimmung vor dem Publikum, so ist damit eine Ehe in gesetzlicher Weise und mit gesetzlichen Folgen gemeint.

XI. 1. Eine Ehe ohne Standesbeamten oder eine bedingte Ehe ist eine Nichtehe.

Bei der Nichtehe kann nicht nachträglich eine Nichtigkeitserklärung erfolgen — diese stände im Widerspruch mit

dem Begriffe des rechtlichen Nichts —, sondern nur eine Feststellung des Nichtbestehens der Ehe (§ 638 ZPO.).

Die Nichtehe kann übrigens nicht nur durch negative Feststellungsklage, sondern in jeder prozessualischen Form zur Geltung gebracht werden, so durch positive Feststellungsklage eines vermeintlichen Ehegatten, so durch einen Drittinteressenten, z. B. durch Einwendung in irgendwelchen Vermögensprozessen (§ 1329; vgl. § 1324 BGB.). Dies ist besonders auch für das internationale Recht bedeutsam, denn das Gesagte gilt auch, wenn über eine ausländische Nichtehe entschieden werden soll. Allerdings kann, wenn der Streit unter den vermeintlichen Ehegatten geführt wird, jede Partei verlangen, daß der Präjudizialpunkt zu besonderem Austrag verwiesen wird (§ 154 ZPO.).

2. Die Nichtehe kann durch Eintragung in das Heiratsregister zur nichtigen Ehe emporsteigen. Hiervon ist unten S. 118 zu handeln.

XII. Neben der normalen Weise der Eheschließung besteht eine zweite, anomale: die Eintragung in das Heiratsregister in Verbindung mit nachfolgendem Besitz des ehelichen Standes (§ 1324). Hier gilt folgendes:

1. Die Eintragung ersetzt die Ehe unter der Bedingung, daß zehn Jahre des Besitzes des ehelichen Standes, oder falls einer der Ehegatten gestorben ist, drei Jahre des Besitzes des ehelichen Standes bis zum Tod hinzukommen (§ 1324). Vorausgesetzt ist, daß die Ehegatten in dieser Zeit in solcher tatsächlichen Beziehung zueinander leben, wie es der normalen Ehe entspricht; daß sie wirklich zusammen wohnen, ist nicht etwa erforderlich, sofern nur keine Verfremdung stattfindet; ein Besitz des ehelichen Standes liegt daher auch dann vor, wenn die Ehefrau wegen Krankheit in einem Sanatorium weilt oder der Ehemann als Schiffsoffizier seinen Dienst tut[1]).

2. Eintragung und Besitz des ehelichen Standes stehen sich aber nicht als gleichwirksame Faktoren gegenüber; es handelt sich nicht um eine Ersitzung, nicht um eine Art Ususehe: es wird nicht angenommen, daß die Ehe nach Ablauf der betreffenden Frist eintritt, sondern es gilt der Satz,

---

[1]) Vgl. oben S. 58.

daß die Ehe von dem Augenblick des Heiratseintrages bestanden hat. Der maßgebende Gedanke ist der: der persönlich mündliche Vorgang vor dem Standesbeamten läßt sich in späterer Zeit schwer feststellen, und manches verblaßt auch in der Erinnerung der Ehegatten selber; die Eintragung ins Register muß daher über den Mangel hinweghelfen: der Akt der Eheschließung soll nicht in Zweifel gezogen werden können. Daher ist die rechtliche Konstruktion folgende: die Eintragung ins Heiratsregister ist das entscheidende, der zehnjährige oder dreijährige Besitz des ehelichen Standes hat nur bedingende, nicht rechtsschöpferische Bedeutung: die Ehe wird bewirkt durch die Eintragung, unter der Bedingung, daß der Besitz des ehelichen Standes nachfolgt.

II. Dispensbehörde.

§ 16.

I. Das kanonische Recht gestattete in vielen Fällen die Ehe nur mit höherem Dispens; das Dispenswesen gehörte zur Eigenart des kanonischen Eherechts und war ein organisches Element seiner Rechtsgestaltung.

II. Heutzutage sind die Fälle der Dispensation (Befreiung) seltener; doch kommen Dispensen vor:

1. bei der Frau, die vor dem 16. Jahre heiratet (§ 1303),
2. bei der Frau, die die zehnmonatliche Frist nicht einhalten will (§ 1313), und
3. bei der Ehebruchsehe (§ 1312); dazu kommt
4. die Dispensation vom Aufgebot.

III. Die Dispensbehörden sind landesrechtlich verschieden[1]).

IV. Bundesstaatlich verhält sich hier die Sache wie folgt: Die Dispensation hängt zusammen mit der Angehörig-

[1]) In Preußen nach Verordnung vom 16. November 1899 a. 10 und 11 im Falle 1 und 3 der Justizminister, im Fall 2 das Amtsgericht (eventuell der Justizminister); im Falle 4 ist es der Regierungspräsident, sofern es sich um Reichsinländer handelt, sonst der Minister des Innern; dieser kann, wenn beide Teile Reichsinländer sind, in dringenden Fällen das Dispensrecht auf den Standesbeamten delegieren; so jetzt Verordnung vom 12. Juli 1910 und 16. Dezember 1912 (in Abänderung von a. 12 der obigen Verordnung vom 16. November 1899). Auf die Kriegsnottrauung ist hier nicht einzugehen.

keit zum Bundesstaat, daher kommt hierbei die Angehörigkeit des maßgebenden Ehegatten, bei der Ehebruchsehe die Angehörigkeit des geschiedenen Ehegatten in Betracht (§ 1322). Bei unmittelbaren Reichsangehörigen hat das Reich Dispens zu erteilen (§ 1322).

II. Titel.

Voraussetzungen.

I. Allgemeines. Nichtige, anfechtbare Ehe.

§ 17.

I. Die Eheschließung ist nicht nur ein Publizitätsakt, sondern auch ein Rechtsgeschäft, welches den Regeln des Rechtsgeschäftes unterliegt; sie ist ferner ein Rechtsgeschäft von familiärer und sozialer Wirkung, für welches deshalb noch besondere Voraussetzungen gelten.

II. Die Eheschließung ist mithin ein Rechtsgeschäft mit bestimmten Voraussetzungen. Das Verhältnis zwischen dem Rechtsgeschäft und seinen Voraussetzungen ist nicht wie das Verhältnis zwischen dem Rechtsgeschäft und seinen Wesenselementen; der Mangel der Voraussetzungen ist nicht dem Mangel der Wesenselemente gleich. Bei dem Mangel dieser kommt das Rechtsverhältnis nicht zustande, es ist ein juristisches Nichts; anders die Voraussetzungen: diese sind möglicherweise nur instruktionell und ihr Mangel bildet bloß einen Mangel der Korrektheit, welcher die Gültigkeit des Geschäftes nicht berührt; oder aber ihr Mangel macht das Rechtsverhältnis nichtig. Das Wesen des nichtigen Rechtsverhältnisses ist aber, daß die charakteristischen Rechtsfolgen nicht eintreten, daß jedoch bestimmte andere Folgen nicht ausgeschlossen sind, welche sich so lange entwickeln, bis das Rechtsverhältnis durch richterliche Feststellung der Nichtigkeit zu einem Nichtrechtsverhältnis geworden ist: von der richterlichen Feststellung (dem Nichtigkeitsurteil) an wird die nichtige Ehe zur Nichtehe; diese Umwandlung ist wünschenswert, weshalb im Prozeß der Staatsanwalt als Kläger oder als streitgenössischer Intervenient eintreten und den Prozeß betreiben kann, auch wenn die Parteien auf

Klage oder Rechtsmittel verzichten[1]). Auch eine gewisse Publizität ist wünschenswert, weshalb ein Nichtigkeitsurteil im Heiratsregister am Rande zu vermerken ist, wozu der Staatsanwalt das Nötige zu betreiben hat (§ 55 PersStG., § 25 der Bundesratsverordnung vom 25. März 1899).

III. Daraus ergibt sich folgendes: eine nichtige Ehe kann durch Ehescheidung aufgelöst werden, eine Nichtehe nicht; ist also eine nichtige Ehe durch Nichtigkeitserklärung zur Nichtehe geworden, so ist von einer Ehescheidung keine Rede mehr und ein etwa in Gang befindlicher Ehescheidungsprozeß müßte als erledigt gelten.

IV. Die Mangelhaftigkeit der Ehe kann entweder an sich bestehen (nichtige Ehe), oder sie kann an die Erklärung einer Person geknüpft sein, welche Erklärung man Anfechtung nennt (anfechtbare Ehe). Vgl. S. 97, 118.

V. Das nichtige oder anfechtbare Rechtsverhältnis ist nicht gleich dem lösbaren Rechtsverhältnis: letzteres besteht in vollem Maß bis zur Lösung, das nichtige Rechtsverhältnis besteht von Anfang an als nichtiges, als ein nur mit bestimmten sekundären Rechtswirkungen versehenes Rechtsverhältnis. So ist die Sache auch bei uns geregelt[2]).

Der § 1329, den man dagegen anführen könnte, ist eine prozessuale Bestimmung, ebenso wie die analoge Bestimmung von §§ 10 und 28 Patentgesetzes. Die Rechtsordnung hat guten Grund zu erklären, daß während des Scheinbestehens einer nichtigen Ehe über ihre Gültigkeit oder Nichtigkeit ebensowenig nebensächlich entschieden werden soll, wie über die Gültigkeit und Nichtigkeit eines Patentes, da hier sehr wesentliche Interessen in Frage stehen, die ihre volle Klärung verlangen. Würde die Möglichkeit bestehen, daß eine gerichtliche Entscheidung, die nebenbei in einem Vermögensprozeß erfolgt, die Ehegatten als gültig oder un-

---

[1]) RG. 6. Juli 1905, JW. 34 S. 537.

[2]) Anders das Schweizer Gesetzbuch a. 132: „Bis zu diesem (dem Nichtigkeits-) Urteil hat die Ehe, selbst wenn sie an einem Nichtigkeitsgrund leidet, die Wirkung einer gültigen Ehe.“ Das Schweizer Gesetzbuch behandelt also die nichtige Ehe wie eine gültige auflösbare Ehe; vgl. auch a. 100 und 134 und unten S. 109, 114. Dies ist einfacher, führt aber nicht immer zu gerechten Ergebnissen.

gültig verheiratet erklärte, so wäre dies im höchsten Maße mißlich, und etwaige widersprechende Urteile in diesem Sinne würden einen ganz unerträglichen Zustand schaffen, der notwendig zu einer Feststellungsklage drängen müßte.

Ist natürlich die Ehe durch Tod[1]) oder Scheidung gelöst oder ist sie als nichtig erklärt, dann treten diese Mißlichkeiten nicht ein: durch Nichtigkeitserklärung wird die nichtige Ehe zur Nichtehe, durch Tod und Ehescheidung wird die Ehe zur nicht mehr bestehenden Ehe. Allerdings kann es auch in solchem Falle von Erheblichkeit sein, zu wissen, ob die gewesene Ehe seinerzeit gültig war oder nicht; daher kann diese Frage durch Feststellungsklage irgendwelcher Beteiligter oder auch nebensächlich zur Entscheidung gebracht werden: handelt es sich doch jetzt einfach um die Frage, ob bestimmte Folgen seinerzeit eingetreten sind oder nicht, § 1329. Vgl. unten S. 105.

Die Bestimmung des § 1329 will auch nicht besagen, daß, solange keine Nichtigkeitserklärung erfolgt ist, eine Rechtsvermutung für die Gültigkeit spräche: dann wäre der § 1329 materiellrechtlich; allein das ist er nicht, die Bestimmung des § 1344 hat anderen Charakter. Daher gehört der § 1329 gar nicht in das BGB.: in welcher Weise eine dem bürgerlichen Recht angehörige Frage prozessual zum Ausdruck gebracht werden soll, hat das Prozeßrecht zu entscheiden. Als prozessual gilt die Regel daher auch dann, wenn es sich um eine ausländische Ehe handelt.

VI. Die nichtige Ehe ist also ein Verhältnis, aus welchem nur einige sekundäre Folgen hervorgehen, von denen später S. 104f. zu handeln ist.

Im übrigen ist sie wirkungslos,

1. was die persönlich-rechtlichen Beziehungen betrifft. Der Mann hat nicht die Befugnisse, welche ihm das eheliche Recht gegenüber der Frau gewährt: er kann nicht ihren Aufenthalt bestimmen oder ihre Dienstverträge kündigen; auch behält die Frau ihre Staatsangehörigkeit: in diesem Falle ist

---

[1]) Erfolgt der Tod während des Nichtigkeitsprozesses, so kann der Prozeß nicht mehr weitergeführt werden: die Ehe ist zur nicht mehr bestehenden Ehe geworden; zu entscheiden, wie die Sache früher war, dazu ist die Nichtigkeitsklage nicht bestimmt (§ 628 ZPO.).

die Frage über Nichtigkeit und Unanfechtbarkeit für die Frau zugleich eine Frage der Staatsangehörigkeit, und darum muß der Deutschen, welche mit einem Ausländer verheiratet ist, ein inländischer Gerichtsstand geboten werden, um die Nichtigkeit oder Anfechtung durchzuführen; ebenso wenn sie mit einem Deutschen verheiratet ist, der später Ausländer geworden ist: denn, obsiegt sie, so ist festgestellt, daß sie Deutsche geblieben ist; einen Deutschen darf man aber nicht der ausländischen Gerichtsbarkeit aufopfern (§ 606 ZPO.).

Die Ehe bewirkt keine Schwägerschaft[1]) und der Geschlechtsumgang eines Ehegatten mit einem Dritten ist kein Ehebruch; der Umgang des Stiefvaters mit dem Kinde, der Schwiegertochter mit dem Schwiegervater ist kein Inzest.

Die Frau trägt nicht den Namen des Mannes[2]). Ein gemeinschaftliches Testament ist nichtig, ein Ehegattenerbrecht besteht nicht. Die Witwe, welche sich in nichtiger Ehe wieder verheiratet, behält ihre Rechte auf Pension oder auf Unterhalt[3]).

Allerdings ist folgendes zu bemerken:

Die Lebensgemeinschaft der Familie tritt nichtsdestoweniger ein, und die Folgen der Lebensgemeinschaft müssen in Kauf genommen werden[4]); daher:

a) Das Recht der Zeugnisablehnung hat der Ehegatte auch bei nichtiger Ehe[5]), die Ehegatten gelten auch bei nichtiger Ehe als Angehörige im Sinne der §§ 52, 54, 213 u. a. StGB., und die Beziehung zwischen den Ehegatten bewirkt, daß die Geschäfte, namentlich die Freigebigkeiten unter

---

[1]) Vgl. § 1590 BGB. Anders das Schweizer Recht (§ 100 Schweizer Gesetzbuch).

[2]) Ist daher die Ehe für nichtig erklärt, so bedarf es nicht einer besonderen Erklärung, um der Frau den Namen des Mannes abzusprechen, RG. 7. November 1907, Entsch. 67 S. 56.

[3]) RG. 25. April 1913, JW. 42 S. 739.

[4]) Über den Adel vgl. Preuß. LR. II 9 § 88: „Die durch ihre Ehe mit einem Bürgerlichen bürgerlich gewordene Adlige kann, wenn die Ehe für nichtig erkärt worden ist, ihren adligen Stand und Familiennamen wieder annehmen.“

[5]) RG. 21. Februar 1908, Entsch. 41 S. 113. Hat es doch auch der Verlobte.

Ehegatten den besonderen Bestimmungen der Ehegattengläubigeranfechtung unterliegen (§§ 31, 32 KO., § 3 AnfG.). Das gleiche gilt, was die strafrechtlichen Bestimmungen über Ehegattendiebstahl usw. betrifft, und ebenso muß die auf den vertrauten Beziehungen unter den Ehegatten beruhende Hemmung der Verjährung auch hier eintreten.

b) Der Ehemann hat das Recht der Verteidigung der Frau, also auch die Befugnis des Strafantrages bei Beleidigungen; ebenso hat der Ehegatte die Befugnis des Entmündigungsantrages (§ 646 ZPO.) und die Sonderstellung in der Vormundschaft der Entmündigten (§ 1900).

c) Die Kinder der Ehe bedürfen ihrer Pflege und Erziehung, es treten daher die Folgen der elterlichen Gewalt ein wie bei der gültigen Ehe, und diese bleiben bis zur Nichtigkeitserklärung bestehen.

d) Unzucht mit leiblichen Kindern ist Blutschande, auch wenn sie nichteheliche Kinder sind, und Unzucht mit dem Quasistiefkinde kann als Unzucht mit dem Pflegekind, Verkuppelung solcher Kinder als Kuppelei von Pflegekindern bestraft werden (§§ 174, 181 StGB.).

2. Ebenso treten nicht die Vermögensfolgen der Ehe ein. Am Vermögen der Ehefrau erwirbt der Mann nicht die Rechte der Verfügungsnutznießung; trotz Ehevertrags entsteht keine Gütergemeinschaft und keine fortgesetzte Gütergemeinschaft. Der Ehemann kann daher weder im einen noch im anderen Fall über Eigenvermögen der Frau verfügen.

Aber gerade hier kommen die sekundären Folgen der nichtigen Ehe zur Geltung, wovon S. 106f. zu handeln ist.

VII. 1. In einer Reihe von Fällen ist die Nichtigkeit der Ehe zur Anfechtbarkeit gestaltet, d. h. zu einer bedingten Nichtigkeit, bedingt dadurch, daß eine bestimmt befugte Person erklärt, daß die Ehe nichtig sein solle. Dies trifft bei Geschäfts- und Willensmängeln zu und führt einige Besonderheiten mit sich. Vgl. S. 118.

2. Die Anfechtung kann durch den anfechtungsberechtigten Ehegatten erfolgen, und zwar durch ihn persönlich: er ist hierzu auch im Falle der Geschäftsbeschränkung fähig: denn hier handelt es sich um Angelegenheiten der innersten Persönlichkeit, deren Durchführung man auch demjenigen über-

lassen muß, von dem man annimmt, daß er nicht zu einer folgerichtigen Pflege seiner Vermögensverhältnisse tauglich ist (§ 1336 BGB.). Bei einem Geschäftsunfähigen allerdings ist es Sache des gesetzlichen Vertreters, mit obervormundschaftlicher Genehmigung die Anfechtung zu vollziehen; wozu noch die besondere Vergünstigung kommt, daß, wenn die Anfechtung nicht erfolgte, die Anfechtungsfrist nach eingetretener Geschäftsfähigkeit von neuem läuft (§ 1340), eine Bestimmung, die allerdings nicht ins ungemessene ausgedehnt werden darf.

3. In einem Falle ist nicht der Ehegatte, sondern der Gewalthaber zur Anfechtung berechtigt, weil er kraft seiner Muntgewalt die Persönlichkeit des Geschäftsbeschränkten zu behüten und vor Übereilung zu wahren hat: wenn nämlich ein Geschäftsbeschränkter ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eine Ehe abgeschlossen hat (§ 1336).

4. Die anfechtbare Ehe steht, sobald sie mit Erfolg angefochten worden ist, der nichtigen gleich (§ 1343): sie ist nichtig von der Zeit ihres Bestehens an bis zur durchgeführten Anfechtung; mit der durchgeführten Anfechtung tritt dasselbe ein wie bei der durchgeführten Nichtigkeitsklage: an Stelle der anfechtbaren Ehe (nichtigen Ehe) tritt die Nichtehe. Daraus ergibt sich von selbst, daß, wenn eine Ehescheidungsklage und eine Anfechtungsklage (etwa als Klage und Widerklage) miteinander verbunden werden, die Anfechtungsklage vorgeht: führt sie zur Nichtigerklärung der Ehe, so ist der Ehescheidungsprozeß von selbst erledigt, da eine Nichtehe nicht geschieden werden kann. Hat die Anfechtung nicht oder nicht mit Erfolg stattgefunden, so ist die Ehe von Anfang an gültig und die Anfechtbarkeit kommt nicht in Betracht.

5. Die anfechtbare Ehe ist ein aufschiebendes Hindernis für eine neue Ehe. Hat die Anfechtung mit Erfolg stattgefunden, so ist die Ehe zur Nichtehe geworden und liegt daher ein trennendes Hindernis für eine neue Ehe nicht vor: andernfalls ist die Ehe gültig und darum für eine neue Ehe ein trennendes Hindernis (§§ 1309, 1326).

6. Die anfechtbare Ehe wird unanfechtbar a) durch Bestätigung. Die Bestätigung (§ 1337) ist die Erklärung, es

bei der anfechtbaren Ehe zu belassen; sie setzt die Kenntnis des Anfechtungsgrundes voraus und das Bewußtsein, daß dieser Grund die Ehe belastet; eine juristische Kenntnis von der Möglichkeit des gerichtlichen Auftretens ist nicht erforderlich[1]). Sie kann auch stillschweigend erfolgen, z. B. durch Fortsetzung des Geschlechtsverkehrs[2]); es muß sich aber um ein Verhalten von gewisser Dauer handeln, entsprechend der Bedeutung für das ganze Leben: eine augenblicklich vielleicht unüberlegte Lebensäußerung würde nicht genügen. Die Bestätigung ist eine Rechtshandlung mit den Erfordernissen einer Rechtshandlung, wobei die Besonderheit gilt, daß regelmäßig der geschäftsbeschränkte Ehegatte trotz seiner Geschäftsbeschränkung die Bestätigung vollziehen kann (§§ 1336, 1337).

b) Der Ablauf der Anfechtungsfrist macht die Ehe gleichfalls unanfechtbar, wirkt also ähnlich wie die Bestätigung; er ist aber keine Bestätigung, kein Rechtsgeschäft und unterliegt nicht der Anfechtung, § 1956 ist nicht rechtsähnlich anwendbar.

c) Ein dritter seltener Fall ist der des § 1350: Ist nach Todeserklärung eine Ehe erfolgt, so ist sie wegen Irrtums anfechtbar, wenn trotz der Todeserklärung der Verschollene noch lebt. Stirbt er aber nachträglich, bevor eine Anfechtung durchgeführt wird, so wird die Ehe unanfechtbar.

7. Die Anfechtung ist eine Anfechtung des in der Ehe beteiligten Ehegatten, nicht eine Anfechtung desjenigen, der nicht mehr Ehegatte ist; sie ist auch niemals eine Anfechtung durch die Rechtsnachfolger, welche keine ehelichen, sondern nur Vermögensinteressen verfolgen würden, denen man daher die Entscheidung über Sein oder Nichtsein der Ehe nicht überlassen kann.

Es gibt daher keine Anfechtung

a) nach erfolgter Ehescheidung[3]);

---

[1]) Vgl. RG. 12. November 1908, Entsch. 69 S. 410 (JW. 38 S. 19), KG. 17. Dezember 1907, M. 16 S. 204.

[2]) Colmar 19. Juni 1906, M. 14 S. 216, Karlsruhe 10. Mai 1906, M. 14 S. 217.

[3]) Wohl aber nach erfolgter Ehetrennung (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, § 1586), denn diese löst die Ehe nicht.

b) nach dem Tode des anfechtungsberechtigten Ehegatten (§ 1338);

c) nach der Lösung der Ehe, die dadurch erfolgt, daß der zurückgebliebene Ehegatte des Toterklärten sich wieder verheiratet (§§ 1338, 1348);

d) nach Neuschließung der Ehe, wenn die anfechtbare Ehe, weil sie zugleich nichtig war, neu abgeschlossen wurde: hier kann nur die neue Ehe angefochten werden, wenn der Anfechtungsgrund auch bei der neuen Ehe besteht.

Nur scheinbar gilt folgende Ausnahme:

Der Anfechtungsberechtigte kann auch gegen den Toten anfechten, er kann die Hand des Toten zurückweisen; er verfolgt damit nicht nur ein Vermögensinteresse, sondern auch eine lebhafte persönliche Bestrebung (§ 1338)[1].

8. Ist eine Anfechtung nicht erfolgt oder konnte sie nicht erfolgen, so ist die Ehe von Anfang an gültig gewesen; es gibt daher nicht, wie bei der nichtigen Ehe, eine nachträgliche Konstatierung, daß die Ehe hätte angefochten werden können: eine solche wäre auch völlig bedeutungslos.

VIII. 1. Die Anfechtung ist eine Handlung des Familienrechts; sie steht auch dem geschäftsbeschränkten Ehegatten zu, wie bereits oben S. 97 bemerkt wurde.

2. Die Anfechtung ist eine zivilrechtliche Rechtshandlung in Verbindung mit einer prozessualen Feststellungsklage. Der zivilrechtliche Akt ist eine gestreckte Rechtshandlung: die Klage allein genügt nicht, sondern die Erklärung muß durch Fortsetzung des Prozesses aufrechterhalten werden bis zum rechtskräftigen Urteil[2]; er ist eine gestreckte Rechtshandlung, bei welcher die zivilrechtliche Anfechtungsfähigkeit von selbst die Prozeßfähigkeit herbeiführt. Das rechtskräftige Urteil ist ein Feststellungsurteil.

---

[1]) Dies gilt nicht im Falle des § 1350, wenn nach der Todeserklärung des früheren Ehegatten der eine der neuen Ehegatten in gutem, der andere in bösem Glauben war. Stirbt der letztere, so kann der erstere die Ehe nicht wegen Irrtums anfechten. Die Anfechtung wird hier begreiflicherweise beschränkt.

[2]) Unrichtig Zitelmann, Zum Recht der Eheanfechtung S. 14f. Über gestreckte Rechtshandlungen vgl. meinen Aufsatz in der Rhein. Zeitschr. I S. 39f.

Die Klage kann auch eine Widerklage sein, sie muß es sein, wenn der andere Teil eine Anfechtungs- oder Scheidungsklage erhoben hat (§§ 615, 616 ZPO.).

3. Warum dies so gestaltet ist, daß mit der zivilrechtlichen Anfechtungserklärung eine Feststellungsklage verbunden werden muß, ist offensichtlich. Wäre eine außergerichtliche Anfechtung möglich, so wäre die Ehe entweder gültig oder nichtig, je nachdem der Anfechtungsgrund gegeben war oder nicht: die Ehegatten wüßten daher nicht, woran sie sind. Ein solcher unsicherer Zustand ist bei Vermögensverhältnissen erträglich, unerträglich aber in Familiensachen, vor allem in Ehesachen: die Umstände würden hier zu einer Feststellungsklage drängen; um diesem Erfordernis nachzukommen, hat das deutsche Gesetz sehr richtig die Sache so gestaltet, daß die Anfechtungserklärung mit einer Feststellungsklage verbunden werden muß, und zwar in gestreckter Weise, so daß sie nur dann wirkt, wenn sie bis zur rechtskräftigen Entscheidung aufrechterhalten wurde[1]).

4. Dieses Interesse waltet aber nur, solange die Ehe noch besteht. Ist die Ehe gelöst, so ist zwar immer noch möglicherweise ein großes Interesse für die Anfechtung gegeben, aber das Interesse ist nicht mehr ein Momentaninteresse, welches sofortiges Wissen erheischt; daher geschieht die Anfechtung durch Erklärung bei dem Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Form (§ 1324 BGB.), also durch einen Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit. Dieser hat die juristische Wirkung, sobald er an die Behörde gelangt ist, vorausgesetzt natürlich, daß die Gründe der Anfechtung vorhanden waren, worüber nötigenfalls in einem Feststellungsprozeß zu entscheiden ist. Er ist den Beteiligten von Amts wegen kundzugeben, Dritten auf Antrag zur Ein-

---

[1]) Von einem Gestaltungsurteil, als ob das Urteil eine rechtsändernde Funktion hätte, ist keine Rede. Diese ganze, die ersten Begriffe des Zivilprozesses verkehrende Kategorie besteht überhaupt nicht; und wenn das Bürgerliche Gesetzbuch einmal, wie hier, in der Kombination von zivilrechtlicher Anfechtung und Feststellungsklage einen richtigen Wurf getan hat, so sollte man diese Errungenschaft nicht gleich durch unrichtige Theorie wieder verderben.

sicht vorzulegen, wenn sie ein rechtliches, d. h. ein von dem Rechtsleben als angemessen erkanntes Interesse haben (§ 1342 BGB.)[1]).

5. Die Anfechtung durch Klage als gestreckte Rechtshandlung ist nicht erfolgt:

a) wenn eine Klage erhoben, aber rechtswirksam zurückgenommen wird;

b) wenn die Klage deswegen nicht durchgeführt wird, weil der anfechtende Ehegatte oder sein Gegner während des Prozesses stirbt;

c) wenn die Klage mit Abstandsurteil zurückgewiesen wird;

d) wenn vor dem Urteil auf die Klage verzichtet wird;

e) wenn die Klage mit sachlichem Endurteil als unrichtig erklärt wird.

Ist dagegen ein rechtskräftiges, der Klage stattgebendes Urteil ergangen, so ist damit die Anfechtung erfolgt, und eine etwaige Restitutionsklage hat keine Wirkung auf den Bestand der Ehe, vorbehaltlich der entsprechenden vermögensrechtlichen Ausgleichungen. Vgl. S. 139 f.

In den Fällen a, b und c ist die Anfechtung überhaupt nicht erfolgt, die Ehe bleibt eine unangefochtene anfechtbare. Die Anfechtung kann in den Fällen a und c nachgeholt werden, solange die Anfechtungsfrist läuft. Im Falle a und c gilt auch der § 212 BGB. rechtsähnlich, denn es wäre kein Grund vorhanden, dem „Verjährenden" diese Vergünstigung zukommen zu lassen, und nicht demjenigen, der eine Frist der Klageerhebung zu wahren hat. Dies gilt auch im Falle zu b, wenn der Anfechtungsbeklagte während des Prozesses stirbt und der Anfechtende infolgedessen die Form der rechtspolizeilichen Erklärung zum Nachlaßgericht wählen muß (§ 1342 BGB.). Im Falle d und e ist die Ehe zu einer unanfechtbaren geworden.

6. Die Anfechtung muß in einer Frist von sechs Monaten erfolgen, von dem Zeitpunkt an, wo nicht nur der Anfechtungsgrund objektiv vorhanden war, sondern wo der

---

[1]) Hier ebenso wie in §§ 299 und 256 ZPO. heißt es „rechtliches" Interesse, in §§ 34, 78 GfG., § 193 StGB. ist von „berechtigtem" Interesse die Rede. Ein Unterschied besteht nicht.

Anfechtende sich subjektiv in der Lage befand, ihn zur Geltung zu bringen, was natürlich nach den Anfechtungsgründen verschieden ist (§ 1339 BGB.). Insbesondere beginnt sie im Falle der Irrung, des Irrtums und der Arglist mit dem Moment der Entdeckung; Entdeckung liegt aber noch nicht vor im Fall bloßer Vermutung, sie setzt vielmehr eine so sichere Kenntnis voraus, daß dem Ehegatten zugemutet werden kann, damit aufzutreten, und dies vor allem in einer Angelegenheit, welche die Persönlichkeit beider in ihrem Innersten berührt[1]).

7. Die Anfechtungsfrist ist eine von Amts wegen im Interesse der Ehe zu berücksichtigende Frist, keine Verjährung[2]). Allerdings gelten die §§ 203 und 206 BGB. auch hier, wie bereits in Bd. 1 S. 260 ausgeführt worden ist; dazu kommt für den Fall der Geschäftsunfähigkeit die Bestimmung des § 1340 BGB. Ein besonderer Fall der Hemmung (§ 203) ist durch § 616 ZPO. gegeben: da eine Anfechtung gegenüber einer Scheidungs- oder Anfechtungsklage nur allein durch Widerklage erfolgen kann, so ist sie vom Augenblick jener Klageerhebung an auf so lange ausgeschlossen, bis in dem anhängigen Scheidungs- oder Anfechtungsprozeß ein Termin stattfindet, an welchem die Widerklage erhoben werden kann[3]). Dazu kommt aber noch folgendes:

In der Scheidungsklage ist auch eine etwaige Anfechtungsklage eingeschlossen und umgekehrt. Durch die Scheidungsklage wird daher für den Kläger die Frist der Anfechtungsklage gewahrt (§ 615)[4]). Dies muß aber, wie später (S. 151) auszuführen, auch in der Erweiterung gelten:

---

[1]) Man denke an die Anfechtung wegen dauernder Begattungsunmöglichkeit. Bis wann wird eine in solchen Dingen unkundige Frau eine genügende Sicherheit erlangt haben? RG. 11. April 1906, JW. 35 S. 355, auch RG. 11. April 1904, JW. 33 S. 248. Oder an eine Anfechtung wegen sittlicher Verirrungen, wenn einstweilen nur bloße Gerüchte zu verzeichnen sind. Auch bei Arglist ist die Frage oft recht schwierig, RG. 2. Januar 1913, JW. 42 S. 377.

[2]) RG. 11. April 1906, JW. 35 S. 355.

[3]) RG. 4. Oktober 1909 und 18. Dezember 1911, JW. 38 S. 689 und 41 S. 244, RG. 23. März 1903, JZ. VIII S. 297.

[4]) Jena 16. April 1902, M. 2 S. 394.

durch Scheidungsklage des einen wird die Anfechtungsfrist des anderen gewahrt, sofern die Anfechtung durch Widerklage erhoben wird (§ 615 ZPO.).

8. Das deutsche Recht läßt es bei dieser Frist bewenden; auch hier hat man sich, wie gewöhnlich, die Folgen gar nicht ausgedacht. Daß eine Anfechtung noch nach 20jähriger Ehe erfolgen könnte, ist eine Ungeheuerlichkeit. Mit Recht hat das Schweizer Gesetzbuch (§ 127) eine feste fünfjährige Frist seit der Eheschließung bestimmt. Aber auch bei uns wird man nach Analogie des § 1571 eine zehnjährige Ausschlußfrist annehmen müssen. Es wäre gegen alle Vernunft, wenn die schwerste Eheverletzung nach zehn Jahren in die Vergessenheit getaucht wäre, dagegen im Falle von Irrtum oder Betrug bei der Eheschließung das Damoklesschwert der Nichtigkeit in infinitum über den Ehegatten schwebte. Hat sich die Frau vor der Ehe vergangen und dies verschwiegen, so kann sie nicht schlimmer behandelt werden, als die wirkliche Ehebrecherin!

II. Sekundäre Folgen der nichtigen Ehe.

1. Familienrechtliche Folgen.

§ 18.

I. Die nichtige Ehe hat nicht die normalen Folgen der Ehe, aber sie ist kein juristisches Nichts; aus ihrer unvollständigen Gestaltung ergeben sich gewisse sekundäre Folgen des Familien- wie des Vermögensrechts[1]).

II. Sekundäre Folgen des Familienrechts sind:

1. Solange die nichtige Ehe nicht zur Nichtehe geworden ist, besteht ein Hindernis für eine neue Ehe, und zwar ein Hindernis, das sich sogar strafrechtlich geltend macht (§§ 1309, 1320 BGB., § 173 StGB.): es gilt als Verletzung des monogamischen Prinzips, wenn zwei Ehen nebeneinander bestehen, auch dann, wenn die eine Ehe ungültig ist.

2. Eine nichtige Ehe kann geschieden oder sonst aufgelöst werden (§§ 1329, 1345); damit tritt an Stelle der nichtigen Ehe die Nichtehe, ganz ebenso wie bei Auflösung einer gültigen Ehe eine Nichtehe eintritt. Eine solche Auf-

[1]) Vgl. Thiesing, Wirkungen nichtiger Ehen (1907).

lösung liegt auch dann vor, wenn die nichtige Ehe wiederholt wird; dann wird die nichtige Ehe zur Nichtehe (wie bei der Nichtigkeitserklärung) im nämlichen Augenblick, in welchem eine neue Ehe ihre Stelle einnimmt. Ist die Ehe aufgelöst, so ist eine eigentliche Nichtigkeitsklage nicht mehr möglich, wohl aber eine prinzipale oder inzidente Feststellung dessen, daß die aufgelöste Ehe eine nichtige gewesen ist[1]). Dies ist wichtig: die vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung stürzen dann zusammen, denn sie sind nur unter der Bedingung eingetreten, daß die Ehe gültig war; der während der nichtigen Ehe erfolgte Ehebruch zeigt sich als nicht strafbar; ganz wie oben (S. 95) gezeigt.

3. Kinder, die aus einer staatlichen (wenn auch nichtigen) Ehe stammen, haben als eheliche Kinder zu gelten. Ganz sinnloserweise beschränkt das BGB. § 1699 dies auf den Fall, daß einer von den beiden Ehegatten im guten Glauben war[2]). Diese Beschränkung hatte einen gewissen Sinn im kanonischen Rechte, als die Ehe noch eine formlose Privatehe war: hier war der Unterschied zwischen ehelichem und unehelichem Umgang nicht äußerlich gekennzeichnet, und man hielt sich an den guten Glauben als das Unterscheidungsmerkmal. Für unsere öffentlich abgeschlossene Ehe paßt dies nicht: die Ehe kündigt sich vollkommen als Ehe an, alles verläßt sich darauf; warum sollte die Ehe nicht auch für die Kinder die entsprechenden Folgen haben? Das Schweizer Gesetzbuch hat in § 133 den Fehler vermieden und alle Kinder einer ungültigen Ehe als ehelich erklärt. Dazu kommt bei uns noch ein weiterer unhaltbarer Satz in § 1703, eine den Lebensverhältnissen grob widersprechende Halbheit! Hiernach soll das als nichtehelich geltende Kind vom Vater, solange er lebt, den Unterhalt eines ehelichen

---

[1]) Erhebt sich jetzt die Frage, ob die frühere Ehe nichtig war, so ist darüber im gewöhnlichen Prozeß zu entscheiden, Hamburg 11. Dezember 1906, M. 14 S. 215. Vgl. oben S. 95.

[2]) Der Beweis des bösen Glaubens wird in der gewöhnlichen Weise geführt; im Nichtigkeitsprozeß nach den Regeln dieses, im Kindervindikationsprozeß nach den gewöhnlichen Regeln. Die Festsetzung der Bösgläubigkeit ist allerdings nicht Sache des Eheprozesses, sie kann aber nebenbei erfolgen. Über den Beweis durch Eid RG. 14. Dezember 1911, JW. 41 S. 245.

Kindes verlangen können, welcher Unterhalt regelmäßig in einer Geldrente zu leisten ist.

Das letztere ist schon an sich ein Mittel, das Kind dem Vater zu entfremden und ihm seine Unehelichkeit täglich vor Augen zu stellen; und nach dem Tode des Vaters hört dies auf, so daß das auf großem Fuß aufgewachsene Kind auf einmal in die bittere Not herabgestoßen wird. Wie konnte man solche Gesetze machen!

4. Eine neue Ehe nach der Todeserklärung löst die alte Ehe, auch wenn die neue Ehe nichtig ist (S. 132).

2. Sekundäre Vermögensfolgen.

§ 19.

I. 1. Die sekundäre Vermögenswirkung der nichtigen Ehe beruht auf dem Grundgedanken, welchen §§ 32 und 55 GfG. zum Ausdruck bringen: Wo immer der Akt einer sachlich zuständigen Behörde jemandem Verfügungsgewalt über ein Vermögen gewährt, kann der gutgläubige Dritte, auch wenn der Akt aus irgendeinem Grunde nichtig ist, verlangen, so behandelt zu werden, als ob der Akt gültig wäre; ins Gebiet der Ehe übertragen, heißt es: Sobald eine Ehe standesamtlich abgeschlossen worden ist, sobald mithin eine Ehe und nicht eine Nichtehe vorliegt, kann der gutgläubige Dritte, welcher mit einem der Ehegatten Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, verlangen, so behandelt zu werden, als ob der Ehegatte kraft ehelichen Rechts die Verfügungsmacht erworben hätte; er kann es, auch wenn die Ehe nichtig ist. Dies besagt auch § 1344 BGB.

2. Daher:

a) Wenn die Ehefrau innerhalb ihrer Schlüsselgewalt verfügt, so ist die Verfügung gegenüber gutgläubigen Dritten wirksam.

b) Wenn der Mann über Vermögensstücke der Frau in einer Weise verfügt, die, falls die Ehe zu Recht bestünde, nach dem ehelichen Güterrecht wirksam wäre, so treten diese Folgen trotz Ungültigkeit der Ehe zugunsten dessen ein, der bei Abschluß des Rechtsgeschäftes im guten Glauben ist; und wie die Verfügung, so werden auch die Verfügungsgeschäfte behandelt, also ein Vertrag, worin sich der Ehe-

gatte zu derartiger Verfügung verpflichtet. Das gleiche ist bei Prozessen der Fall.

c) Der Satz gilt für aktive wie für passive Geschäfte, also auch für eine Kündigung oder Klage, welche der Dritte dem Ehegatten gegenüber innerhalb seines Verwaltungsbereiches vornimmt, z. B. wenn der Pächter eines der Frau gehörigen Landgutes dem Ehemann gekündigt oder ihn verklagt hat.

d) Der Satz gilt für Verfügungen, er gilt nicht für Forderungen, kraft deren eine Vollstreckung gegen das Vermögen statthaft ist: auf Grund des § 1344 kann ein Gläubiger nicht zu seiner Deckung gegen vermeintliches Ehegut vollstrecken, auch wenn er sich darauf verlassen hat.

3. Der § 1344 gilt nur für den Rechtsverkehr. Er gilt nicht für den Unrechtsverkehr. Wenn also die ungültig verheiratete Frau ein Delikt begeht, für welches bei der Gütergemeinschaft das gemeinsame Vermögen und der Mann selbst haften würde, so kann der Mann im Falle der ungültigen Ehe nicht hierwegen in Anspruch genommen werden. Das gleiche gilt auch für den Fall der Menschenhilfe. Wer für die Frau tätig gewesen und für sie Aufwendungen gemacht hat, kann nur die Frau in Anspruch nehmen, nicht den Mann, auch wenn der Geschäftsführende sie als Ehefrau ansah; denn der Geschäftsführende vollzieht das Geschäft für denjenigen, den es angeht, ohne daß ihm die Rechtsordnung weitere Sicherheit bietet.

4. Der Fall des § 1344 ist ein Fall doppelter Rechtsordnung, so daß es in der Befugnis des Dritten steht, den § 1344 anzurufen oder sich so behandeln zu lassen, wie es die Nichtigkeit der Ehe mit sich bringt. Dies muß aber richtig verstanden werden. Der gutgläubige Dritte, welcher von dem Ehegatten bewegliche Sachen in gutem Glauben erworben hat, hat natürlich, was den Eigentumserwerb betrifft, die Rechte eines jeden gutgläubigen Erwerbers: ihm stehen also die dinglichen Rechte des § 932 zu, sie stehen ihm zu, auch wenn er den übertragenden Ehemann als Nichteigentümer erkannte, aber ihn kraft seiner ehelichen Rechte für bevollmächtigt hielt: denn auch auf diesen Fall bezieht sich § 932 nach der richtigen Ansicht. Hier ist der Fall der doppelten Rechtsordnung ebensowenig gegeben, als wenn der Dritte

sonst eine bewegliche Sache kraft des § 932 BGB. erworben hätte: der Eigentumserwerb des gutgläubigen Erwerbers ist eben ein Eigentumserwerb kraft des Regelrechts, und der Erwerber wird definitiver Eigentümer, was so selbstverständlich ist, daß ich ein Mißverständnis in dieser Beziehung gar nicht erwartet hätte. Wer regelrechter Eigentümer wird, braucht doch keine Hilfe, auch keine Hilfe der doppelten Rechtsordnung[1])! Was aber die sonstigen Rechtsverhältnisse und was insbesondere die obligationsrechtlichen Wirkungen der Geschäfte betrifft, so erwirbt der redliche Dritte nicht nach § 932; er kann also nur durch die doppelte Rechtsordnung geschützt werden, und diese nimmt dann ihren Fortgang.

5. Man hat die doppelte Rechtsordnung bestritten und behauptet, der gutgläubige Dritte müsse das Geschäft einfach gelten lassen; aber dann wäre er häufig schlimmer daran als ein böswilliger Vertragsgenosse. Wie, wenn jemand ein Geschäft abschloß, das für ihn im höchsten Grade ungünstig war, etwa einen ungünstigen Pachtvertrag mit dem Ehemann über das Landgut der Frau: ein bösgläubiger Kontrahent könnte sich sofort zurückziehen, der gutgläubige müßte sich das ungünstige Geschäft gefallen lassen. Wäre dies eine richtige Behandlungsweise? Ist es angemessen, Gesetze in dem Sinne auszulegen, daß die Leute in die Lage kommen, ihren guten Glauben zu verwünschen[2])? Jedermann sieht, daß im Falle des § 932 BGB. die Verhältnisse anders liegen, und daß dieser Fall (Eigentumserwerb) bei unseren Erwägungen gar

---

[1]) Ich wundere mich sehr über das Mißverständnis von Martin Wolff, Lehrb. des Familienrechts § 28 S. 92.

[2]) Dies kann allerdings zu Konflikten führen. Z. B. der Pächter, der von der Zeit der ledigen Frau her auf ihrem Gute sitzt, hat dem Ehemann gekündigt und der Ehemann hat daraufhin einen anderen Pächter genommen; nun stellt sich die Nichtigkeit der Ehe heraus. Der alte Pächter, der im guten Glauben gekündigt hat, erklärt, von der Kündigung absehen zu wollen, als ob er nicht gekündigt hätte, der neue Pächter will nicht weichen. Hier muß der alte Pächter zurückstehen, denn er kann die seinem Verhalten widersprechende doppelte Rechtsordnung nur anrufen, soweit dies nicht mit der vernünftigen Entwicklung der gutgläubigen Verhältnisse im Widerspruch steht.

nicht in Betracht kommt, daß also zwischen den (dinglichen) Wirkungen des § 932 und den (meist obligationsrechtlichen) Beziehungen der doppelten Rechtsordnung durchaus kein Gleichklang herrscht.

Daß übrigens, wenn der gutgläubige Dritte sein Wahlrecht nicht unverzüglich ausübt, ihm eine Frist gesetzt werden kann, ansonst das Verhältnis als gültig angenommen wird, versteht sich von selbst; dies liegt in der Vernunft der Sache. Es wäre gegen alle Treue des Lebens, wenn er den Dritten in seiner Ungewißheit schweben ließe. Der Analogie des § 1347 bedarf es natürlich nicht.

II. 1. Dasselbe Vertrauen wie der gutgläubige Dritte muß auch der gutgläubige Ehegatte in die standesamtlich eingegangene Ehe haben: er kann erwarten, daß sich die Güterverhältnisse nach den Grundsätzen entwickeln, wie wenn die Ehe gültig wäre[1]). Daher muß auch hier eine doppelte Rechtsordnung gelten. Allerdings, wenn beide Ehegatten in gutem Glauben sind, so hat keiner vor dem anderen einen Voraus, und wenn der eine verlangt, daß die reguläre Entwicklung der Nichtigkeit eintrete, so kann der andere nicht widersprechen. Ist aber der eine in bösem Glauben, so steht dem anderen die Wahl zu, entweder die Entwicklung der Güterrechtsverhältnisse in der Art zu verlangen, wie wenn die Ehe gültig wäre, oder die Nichtigkeit der Ehe anzurufen und zu erklären, daß die charakteristischen Güterfolgen der Ehe als nicht eingetreten gelten sollen (§§ 1345, 1347).

2. Daher kann

a) die gutgläubige Frau bei dem gesetzlichen Gütersystem ihr Vermögen so herausverlangen, als ob niemals eine ehemännliche Nutznießung eingetreten wäre; sie kann mithin das vom Ehemann bezogene Einkommen ersetzt verlangen, natürlich abzüglich dessen, was billigerweise die Frau im Fall der Gütertrennung zu den Lasten der tatsächlich bestandenen Ehe hätte beitragen müssen.

---

[1]) Das Schweizer Gesetzbuch § 134 behandelt die nichtige Ehe auch hier einfach wie eine gültige und nachher aufgelöste Ehe. Dies führt, wie das obige zeigt, nicht immer zu angemessenen Resultaten. Vgl. oben S. 94 und unten S. 114.

Daher kann b) bei der Gütergemeinschaftsehe der gutgläubige Ehegatte sich für die Gütergemeinschaft erklären; er kann aber auch die Ordnung der Verhältnisse so verlangen, als ob niemals eine Vermögensvereinigung eingetreten wäre. Ist er also Millionär gewesen, der andere Teil vermögenslos, so wird er die Million für sich behalten wollen; war der andere Teil der Millionär, er der Vermögenslose, so wird er sich für die Gemeinschaft entscheiden und wird verlangen, daß die Million mit ihm geteilt wird. Auch hier ist, was das Einkommen der Zwischenzeit betrifft, eine billige Berechnung für dasjenige anzustellen, was der eine oder andere für die tatsächlich bestandene Ehe zu leisten gehabt hätte.

3. Wie bei den sonstigen Verhältnissen der doppelten Rechtsordnung, besteht auch hier die Befugnis, dem Wahlberechtigten eine angemessene Frist zu stellen. Macht der Wahlberechtigte von seiner Wahl keinen Gebrauch, so tritt die reguläre Folge der Nichtigkeit ein. Aufforderung und Wahlerklärung sind ankunftsbedürftige Rechtshandlungen, die keiner Form bedürfen. Die einmal getroffene Wahl ist unabänderlich (§ 1347).

4. Das Gesagte gilt auch von der nachträglichen Unterhaltspflicht: die gutgläubige Ehefrau kann daher von dem bösgläubigen Ehemann den Unterhalt verlangen, wie wenn die Ehe geschieden und der Ehemann als allein schuldiger Teil erklärt worden wäre (§ 1345).

5. Schwierigkeiten können sich in der Frage der Gut- und Bösgläubigkeit ergeben.

a) Bei Arglistanfechtung erledigt sich die Frage von selbst; ebenso bei der Anfechtung wegen Drohung, obgleich das BGB. sich veranlaßt gesehen hat, hier eine unnötige Bestimmung zu geben, die so aussieht, als ob man dem Richter recht wenig an Einsicht zutraue[1]).

[1]) Dieser Fall ist charakteristisch für die bodenlos pedantische Fassung des BGB. Statt von gutem Glauben ist davon die Rede, daß dem einen Ehegatten der Nichtigkeitsgrund unbekannt war. Das würde beim Zwang nicht passen: der Gezwungene ist in gutem Glauben, er kennt aber den Nichtigkeitsgrund. Nun könnte ein wenig verständiger Richter daraus schließen, der Gezwungene sei nicht in gutem Glauben! Darum § 1346!

b) Bei der Irrtumsanfechtung kann der eine Teil im bösen Glauben sein, wenn er den Mangel kannte, der zur Irrtumsanfechtung führt. Dann ist es ähnlich wie bei der Arglistanfechtung[1]).

Ist aber der Mangel keinem Teil bekannt gewesen, so ist zu unterscheiden:

α) Hätte der Gegenteil des Irrenden den Mangel bei ordentlicher Sorgfalt erkennen müssen, so soll es, wenn der Irrende die Ehe anficht, bei der einfachen Nichtigkeitsfolge sein Bewenden behalten.

β) Ist umgekehrt der irrende Teil in Fahrlässigkeit, so soll er nach dem Wortlaut des Gesetzes so betrachtet werden, wie wenn er bösgläubig gewesen wäre (§ 1346).

γ) Sind beide Teile außer Fahrlässigkeit, so soll nach dem Wortlaut des Gesetzes dasselbe gelten wie zu β.

Schon die Folge β, noch mehr aber die Folge γ führt aber zu Unmöglichkeiten; beides kann nur unter diskreter Auslegung durchgeführt werden[2]).

In einem Falle ist diese Folge einseitig gerechtfertigt und auch in dieser einseitigen Rechtfertigung von unserem Gesetz anerkannt: wenn nach der Todeserklärung der zurückgebliebene Ehegatte sich wieder verheiratet und wenn die Ehe nachträglich, weil der Totgeglaubte noch lebt, angefochten wird. Sind hier beide in gutem Glauben, so liegt die Sache für den zurückgebliebenen Ehegatten anders als für seinen Partner: der erstere hatte sich um Tod oder Leben des Verschollenen mehr zu kümmern, als der letztere. Der Zurückgebliebene erleidet daher, wenn er die neue Ehe an-

[1]) RG. 8. Februar 1912, Entsch. 78 S. 369.

[2]) Die Frau leidet an Vaginismus; sie weiß es vor der Ehe nicht, der Mann natürlich noch weniger: beiderseits liegt keine Fahrlässigkeit vor. Der Mann ficht die Ehe mit Erfolg an. Jetzt hat er nicht nur keine Frau, sondern muß das Weib noch unterhalten, oder wenn er ein Millionenvermögen in die eheliche Gütergemeinschaft brachte, ihr Millionen zurücklassen. Was doch eine zu enge Vagina wert ist! Es wäre komisch, wenn es nicht zu traurig wäre! Vgl. RG. 7. November 1907, Entsch. 67 S. 56. Oder die Frau ist epileptisch, glaubte aber bisher, daß es sich nur um Blutarmutserscheinungen handle: sie hat den Anfechtungsgrund nicht gekannt und „mußte“ ihn nicht „kennen“, sie kann also die Gütergemeinschaftshälfte verlangen, RG. 20. Mai 1914, Recht 18 Nr. 2469.

ficht, mindestens in bezug auf die Unterhaltspflicht die ungünstige Rechtsfolge zu β und γ, nicht aber sein angeheirateter neuer Ehegatte (§ 1351).

III. Die sekundären Folgen sind Folgen der nichtigen Ehe, mag die Nichtigkeit durch Nichtigkeitsurteil festgesetzt sein oder nicht; sie sind Folgen der anfechtbaren Ehe, sofern die anfechtbare Ehe durch die Anfechtung sich als nichtige Ehe erwiesen hat (§§ 1345, 1346). Vgl. S. 95, 100, 105.

III. Fälle der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

1. Nichtigkeit.

a) Allgemeines.

§ 20.

I. Die Ehe als Rechtsgeschäft verlangt natürlich Geschäftsfähigkeit. Die Ehe des Geschäftsunfähigen ist nicht eine Nichtehe, aber eine nichtige Ehe. Der Geschäftsunfähigkeit steht gleich ein momentaner Geisteszustand, welcher die gesunde Erwägung hindert (§ 1325)[1]. Doch kann die Nichtigkeit der Ehe geheilt werden, wenn der Ehegatte sie nach Eintritt normaler Geistesverhältnisse bestätigt, welche Bestätigung einer Form nicht bedarf; doch muß sie eine ernstliche sein: ein momentanes Aufflackern der Leidenschaft, eine vorübergehende Liebeslaune, die sofort wieder verfliegt, kann hier ebensowenig als genügend betrachtet werden, wie bei der Bestätigung einer anfechtbaren Ehe (oben S. 99). Es muß vielmehr ein solches Verhalten eingetreten sein, aus dem der Wille, auf die Dauer gebunden zu sein, mit Sicherheit hervorgeht.

Die Bestätigung ist nicht die Bestätigung einer Nichtehe, sondern die Bestätigung einer nichtigen Ehe; sie ist daher keine neue Eheschließung und verlangt auch nicht ihre Form; aber sie verlangt, da sie eine nichtige Ehe zusammenbindet, die persönlichen Eigenschaften, die zur Ehe gehören:

---

[1]) Mit Recht hebt das RG. 7. Juli 1910, Entsch. 74 S. 110 hervor, daß die Fassung des § 1325 ungenau ist; nichtig ist nicht jede Ehe, bei welcher ein Ehegatte sich in vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befand, sondern nur eine solche, bei welcher die vorübergehende Störung die freie Willensentschließung aufhob (vgl. § 104 BGB.).

Alter und Geschäftsfähigkeit in der zur Eheschließung erforderlichen Weise[1]). Eine bedingte Bestätigung wäre dem Wesen der Ehe zuwider.

II. Der Geschäftsbeschränkte bedarf der Zustimmung seines Gewalthabers, die Zustimmung des Vormundes kann durch die Obervormundschaft ersetzt werden (§ 1304).

III. Die Ehe als sozialer Akt ist nichtig, wenn ihr gewisse Grundgesetze unserer sozialen Ordnung entgegenstehen; solche Grundgesetze sind:

1. das Prinzip der Einehe,
2. das Prinzip der Familienreinheit,
3. das Prinzip der Ehesittlichkeit,

alles Prinzipien, welche der geistigen Ordnung angehören; nur das Prinzip zu 2 hat mit der Hygiene Berührung. Daß die Standes- und Religionsunterschiede nicht mehr hindernd in Betracht kommen, entspricht der modernen Lebensanschauung, daß aber die Hygiene fast gänzlich unberücksichtigt blieb, ist ein schwerer Vorwurf gegen die Gesetzesredaktoren.

b) Soziale Grundgesetze.

§ 21.

I. Dem Grundgesetz der Einehe entspricht die Nichtigkeit der Doppelehe:

1. Ist zurzeit der Eheschließung der eine der beiden Ehegatten in gültiger Ehe verheiratet, so ist die Doppelehe nichtig. Eine nichtige frühere Ehe steht der Gültigkeit der zweiten nicht im Wege (§ 1326).

2. Hört der zweieheliche Kollisionszustand später auf, fällt also die erste Ehe, welche den Vorwurf der Doppelehe begründet, weg, dann spricht sehr vieles dafür, die zweite Ehe zu heilen; denn warum soll man noch dieser zweiten Ehe zu Leibe gehen, welche ja nach Lösung der ersten Ehe alsbald neu abgeschlossen werden könnte? Allerdings dürfte die gültige Ehe jedenfalls erst von dem späteren Zeitpunkte aus beginnen, in welchem die Erstehe weggefallen ist, allein dieser Satz bereitet keine Schwierigkeiten. Manche Gesetz-

[1]) Über die Folgen der Heilung s. unten S. 117.

gebungen lassen daher eine solche Heilung zu, so auch das Schweizer Gesetz, unter der Voraussetzung, daß wenigstens eine der verheirateten Personen in gutem Glauben war (Schw. ZGB. § 122), eine Voraussetzung, welche jedoch keineswegs berechtigt ist; denn auch wenn beide Teile in bösem Glauben waren, so können sie sofort die Ehe wiederholen, und diese Wiederholung kann dem Staat und dem Staatsbeamten erspart werden; sie könnte nur zum öffentlichen Skandal beitragen; und warum diesen heraufbeschwören?

3. Für den Fall der Todeserklärung eines Ehegatten gilt eine Abweichung vom Prinzip, worüber unten S. 125, 132 zu handeln ist.

II. Dem Grundgesetz der Familienreinheit entspricht es, daß kein Inzestverhältnis zwischen beiden Teilen bestehen darf, d. h. daß sie nicht in allzu naher Weise verwandt oder verschwägert sein dürfen. Bei uns ist dieses Verbot außerordentlich beschränkt, es ist beschränkt auf Verwandte und Verschwägerte in gerader Linie und auf Geschwister, dagegen ist die Ehe zwischen Onkel und Nichte, Tante und Neffe gestattet (§§ 1327, 1310), ein Unding, welches das Schweizer Gesetz in § 100 mit Recht vermieden hat. Die Verschwägerten bleiben verschwägert, auch wenn die das Schwiegerverhältnis herbeiführende Ehe gelöst wird; sie sind aber nicht verschwägert, wenn sich diese Ehe als nichtig erweist (S. 96)[1]).

III. 1. Dem Grundgesetz der Ehesittlichkeit entspricht der weitere Satz: haben die Ehegatten miteinander zur Zeit einer früheren Ehe Ehebruch begangen, so ist ihre nachfolgende Ehe nichtig, und zwar gilt dies auch dann, wenn nur der eine Teil des Ehebruchs schuldig ist, der andere Teil die Ehe nicht kannte[2]); nur muß jene erste Ehe gerade wegen dieses Ehebruchs gelöst worden sein, sei es allein wegen des Ehebruchs oder wegen des Ehebruchs in Ver-

---

[1]) Anders das Schweizer Recht, welches ein Ehehindernis der Schwägerschaft und Stiefschaft auch dann annimmt, wenn die Ehe für ungültig erklärt wird (§ 100), was mit der Art der Behandlung der nichtigen Ehe im Schweizer Recht zusammenhängt (oben S. 94 und 109).

[2]) RG. 30. September 1901, Entsch. 49 S. 83.

bindung mit anderen Gründen, und der Ehebruch muß im Urteil festgestellt werden[1]). Dagegen würde es nicht genügen, wenn die Ehe auf Klage des Ehegatten A. wegen Ehebruchs des Ehegatten B. geschieden, dabei aber kraft Einrede festgestellt würde, daß auch A. die Ehe gebrochen hat; denn wenn B. keine Widerklage erhoben hat, so ist die Ehe nur wegen Ehebruchs des B., nicht wegen Ehebruchs des A. geschieden worden: die Einrede des B. hat bloß Bedeutung für die Schuldigkeitsfrage[2]).

2. Die Entscheidung über Ehebruch ist für die Ehefolgen maßgebend, ein Gegenbeweis ist ausgeschlossen[3]).

3. Dieser Nichtigkeitsgrund ist eine unvollständige Verwirklichung eines ethischen Gedankens. Wie, wenn die beiden Teile nicht Ehebruch getrieben, aber dem früheren Ehegatten nach dem Leben getrachtet haben? Wie, wenn eine Scheidung wegen Ehebruchs deswegen nicht erfolgen kann, weil etwa der Ehebrecher den Ehemann im Duell erschossen hat?

4. Der ganze Gedanke aber ist verfehlt: es ist verfehlt, das Eheinstitut dem Sühneprinzip zu opfern. Durch solches Verbot wird die Ehe nicht gehoben und wird unter den sündhaften Personen oft noch größeres Unheil angerichtet; man hat es daher auch nicht gewagt, das Verbot streng durchzuführen und hat Dispens gestattet. Es ist nicht im Interesse einer gesunden sittlichen Entwicklung, zu verhindern, daß die ehemaligen Ehebrecher ein neues Leben beginnen und durch gegenseitiges eheliches Verhalten die früheren Verfehlungen austilgen (§ 1328). Und nun gar bei einseitigem Ehebruch mit einem unschuldigen Partner: hier wird der Unschuldige mitgestraft!

5. Der nachträgliche Dispens heilt die Nichtigkeit von Anfang an (§ 1328).

IV. 1. Vollständig vernachlässigt wurde von unserer Gesetzgebung die Frage der Hygiene bei der Ehe. Daß Personen, die an unheilbarer Tuberkulose leiden, Epileptiker, Trunksüchtige heiraten dürfen, ist ein schweres Unheil für die

[1]) Wenn auch nur in den Entscheidungsgründen, KG. 24. März 1900, M. 1 S. 445.

[2]) Vgl. KG. 12. November 1900, M. 2 S. 147.

[3]) Hamburg 14. Juli 1902, M. 2 S. 393.

Menschheit. Niemals sollte sich der Gesetzgeber hierbei durch das Interesse der einzelnen leiten lassen, sondern er sollte vor allem die ungeheuren allgemeinen Gesundheitsfolgen, insbesondere die Folgen für die unglücklichen Kinder in Betracht ziehen, welche auf solche Weise mit einem unheilbaren Siechtum auf die Welt kommen. Derartige Wesen zu erzeugen, ist eine Grausamkeit und ein Unrecht. Hier sollte der Staat nicht die Hände in den Schoß legen, sondern kräftig einschreiten und die Ehe verbieten. Derartige Bestimmungen sind neuerdings in verschiedenen amerikanischen Staaten ergangen. So Ohio 1904 ch. 83, in New Jersey 1904 ch. 137, Kansas 1903 ch. 920.

Unsere europäischen Gesetzgebungen haben leider diesen Gesichtspunkt ganz vernachlässigt; dies ist von den Rechten früherer Jahrzehnte begreiflich, weniger ist es bei dem Deutschen und Schweizer Gesetzbuch unserer Tage zu verstehen, da diese Fragen längst gründlich erörtert worden sind[1]).

2. Die Frage der Zulässigkeit des Eheabschlusses von Personen verschiedener Rasse, insbesondere von Weißen mit Farbigen, taucht in unserem Mutterlande nicht auf: die Zulässigkeit ist hier unbestritten. In den Kolonien ist ihre Lösung eine schwierige Aufgabe der Kolonialregierung[2]).

c) Wandel der Rechtslage.

§ 22.

I. 1. Die Möglichkeit der Heilung der Nichtigkeit in den Fällen der Geschäftsunfähigkeit und des Ehebruchs[3]) ist soeben erwähnt worden, ebenso daß es im Falle der Bigamie bei uns an dieser Heilung fehlt. Ein Fall der Heilung nach dem Zwischenrecht lag vor wenn eine nach früherem Rechte nichtige Ehe nach unserem jetzigen Rechte gültig wurde; hier wurde die Nichtigkeit geheilt, wenn bei Eintritt des BGB.

---

[1]) Im schwedisch-finnischen Recht ist die fallandesnot (fallende Krankheit, Epilepsie) von Staats halber als Ehehindernis erklärt worden (Neubecker, Tuberkulose S. 30).

[2]) Recht und Persönlichkeit S. 7f.

[3]) Nicht eine Heilung, aber etwas Ähnliches ergibt sich aus dem Obigen S. 91.

noch der Besitzstand des ehelichen Lebens vorhanden war (a. 198 BGB.)[1]).

2. Die Heilung der Nichtigkeit ist wohl zu unterscheiden von einer neuen Eheschließung: die Heilung bewirkt nicht eine neue Ehe, sondern eine Ehe mit dem alten Datum; die Kinder, die unter dem alten Datum erzeugt sind, sind in der Ehe erzeugt; war die Ehe zur Zeit der Eingehung eine Doppelehe, so bleibt sie nach unserem Rechte eine Doppelehe, wenn auch zur Zeit der Heilung die erste Ehe gelöst ist.

3. Andererseits kann die Heilung nur stattfinden, wenn die Ehe noch heilfähig ist; dies ist aber nicht der Fall,

a) wenn der eine Ehegatte der nichtigen Ehe unterdessen eine neue gültige Ehe abgeschlossen hat und diese zur Zeit der Heilung noch besteht,

b) wenn ein Ehegatte unterdessen der Verschwägerte des anderen in gerader Linie geworden ist (die Frau der nichtigen Ehe hat sich mit dem Sohne des Mannes verheiratet und ist dann geschieden oder durch seinen Tod Witwe geworden).

4. Heilfähig ist aber die Ehe auch noch nach der Lösung, z. B. nach Tod oder Ehescheidung; in diesem Fall treten die Folgen einer gültigen Ehe in die Vergangenheit ein; es ist dann so: eine gültige Ehe hat bis zur Ehescheidung oder bis zum Tod bestanden.

II. Eine Ehe kann aus mehreren Gründen nichtig sein; dies ist für den Fall bedeutsam, daß ein Nichtigkeitsgrund geheilt werden kann. Ebenso kann natürlich eine nichtige Ehe zu gleicher Zeit anfechtbar sein; denn die angefochtene Ehe wird nichtig, und durch die Anfechtung vermehrt sich die Zahl der Nichtigkeitsgründe. Diese Anfechtung wäre namentlich bedeutsam, wenn die sonst nichtige Ehe geheilt würde.

Die ganze Frage kann auch wegen des Ausschlusses der Gutgläubigkeit bedeutsam werden; man denke z. B. daß ein Ehegatte durch Drohung zu einer ihm bewußten Doppelehe gezwungen worden ist.

---

[1]) Vgl. auch Oberstes LG. München 8. Mai 1901, Sammlung von Entsch. N. F. II S. 293.

III. Durch das rechtskräftige Nichtigkeitsurteil wird die nichtige Ehe zur Nichtehe (S. 93); es fallen jetzt für die Zukunft alle sekundären Folgen weg: für die zukünftigen Rechtsgeschäfte gilt der § 1344 nicht mehr, die jetzt gezeugten Kinder sind Kinder einer Nichtehe, und jedem Ehegatten steht eine zweite Ehe frei.

IV. Umgekehrt kann die Nichtehe in einem Falle zur nichtigen Ehe aufsteigen: wenn sie als Ehe ins Heiratsregister eingetragen wird. Dies ist bedeutsam, was das Verhältnis zu Dritten betrifft, die sich auf das Heiratsregister verlassen dürfen: für sie gilt die Bestimmung des § 1344; es ist bedeutsam auch für die Kinder der Ehe: sie sind jetzt Kinder einer Putativehe (§ 1699); es ist auch bedeutsam für die Rechte des gutgläubigen Ehegatten, der dieselben Vermögensrechte hat wie bei der nichtigen Ehe (§ 1345); es ist bedeutsam für § 1329: die Ehe ist eine nichtige Ehe geworden, und die Nichtigkeit der Ehe kann nicht nebensächlich geltend gemacht werden, sondern nur auf dem Wege der Nichtigkeitsklage. Dagegen kann das gleiche nicht für die Frage der Wiederverheiratung nach § 1309 gelten: es wäre sinnlos, eine Wiederverheiratung deshalb zu verbieten oder auszusetzen, weil ein Standesbeamter aus Irrtum zwei Personen, die einander niemals gesehen haben, als Verheiratete ins Eheregister eintrug: § 1309 stellt für diese Frage die eingetragene Nichtehe nicht der nichtigen Ehe gleich.

2. Anfechtbarkeit.

§ 23.

I. Die Ehe ist anfechtbar nach den Grundsätzen der Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte, allerdings unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Eheinstituts; die Gründe der Anfechtung sind daher Mangel der Geschäftsfähigkeit, Irrung, Arglist und Drohung.

II. 1. Sind die Ehegatten geschäftsbeschränkt, so bedürfen sie zur Eheschließung der Zustimmung des Gewalthabers, welche Zustimmung bei einem Vormund durch die Obervormundschaft ersetzt werden kann (§ 1304).

Eine ohne solche Zustimmung abgeschlossene Ehe eines Geschäftsbeschränkten ist nicht ungültig, aber anfechtbar.

Die Anfechtung steht dem Muntwalt zu (§§ 1304, 1331, 1336); sie steht, wenn dieser die Ehe nicht unterdessen bestätigt hat, auch dem Ehegatten selbst zu, welcher unterdessen geschäftsfähig geworden ist (§ 1337). Vgl. S. 97.

2. Die Anfechtung durch den Gewalthaber ist eine Anfechtung im Namen des Kindes: sie beruht zwar auf seiner Gewalt, aber die Gewalt ist nur das rechtliche Moment, welches dem Gewalthaber die Rechtsmacht gibt, im Namen des Kindes zu handeln; sie hört auf mit der Gewalt; sie steht demjenigen Gewalthaber zu, welcher im Augenblick der Klage die rechtliche Personengewalt besitzt.

III. 1. Irrung ist vor allem eine Irrung in der Erklärung, d. h. die Abgabe einer äußerlichen Erklärung, deren Inhalt man nicht will, so namentlich wenn jemand aus sprachlicher Unkenntnis das Jawort gibt, indem er annimmt, daß die Äußerung etwas ganz anderes bedeute, oder wenn jemand überhaupt den Akt ganz anders auffaßt, so daß seine äußerliche Erklärung einen ganz anderen Innencharakter hat, z. B. wenn etwa die Sache so künstlich eingefädelt ist, daß jemand das Jawort gibt in der Meinung, daß es sich bloß um eine theatralische Aufführung handle, oder etwa in der Meinung, daß er als Stellvertreter eines anderen spreche (§ 1332).

2. Eine Irrung liegt auch dann vor, wenn die Erklärung sich auf eine andere Person bezieht, wenn also beispielsweise eine tief verschleierte Braut vorgeführt wird und diese eine ganz andere Persönlichkeit ist als diejenige, mit welcher man die Ehe abzuschließen meint (Rahel-Lea). Dies ist der Fall des error in persona.

3. Bei dieser Art von Irrung blieb das kanonische Recht stehen: es gab regelmäßig eine Anfechtung nur wegen wirklichen Irrtums in der Person, nicht wegen Irrtums in den Eigenschaften; nur dann machte es eine Ausnahme, wenn der Irrtum in den Eigenschaften zu einem Irrtum in der Person führt, was dann der Fall ist, wenn man die Person nur nach gewissen Eigenschaften kennt, so daß diese die einzigen Individualisierungsmomente sind, welche im Bewußtsein des Eheschließenden die Person aus der Allgemeinheit der Menschen

herausheben[1]). Dies ist z. B. der Fall, wenn jemand die Tochter eines verstorbenen Freundes heiraten will, die er niemals gesehen hat und die ihm aus einem fremden Weltteil entgegenkommt: hier konzentriert sich die ganze Individualisation auf die Eigenschaft, daß sie die Tochter des X. ist, und der Mangel dieser Eigenschaft würde die Persönlichkeit zu einer anderen Persönlichkeit machen[2]). In den Fällen aber, wo die Persönlichkeit in ihrer körperlichen Wesenheit bekannt geworden ist, ist diese Wesenheit die maßgebende Individualisierung, und ein Irrtum in anderen Dingen ist nur ein Irrtum in den Eigenschaften.

4. Noch unter dem Schweizer Bundesgesetz von 1873 war die Meinung vertreten, daß nur der Irrtum in der Person, nicht in den Eigenschaften maßgebend sei, allein die entgegengesetzte Ansicht war wohl die richtige und ist jetzt im Schweizer Gesetzbuch § 124 angenommen worden. Nach unserem Bürgerlichen Gesetzbuch § 1333 ist es zweifellos, daß auch der Irrtum über wesentliche Eigenschaften ein Anfechtungsgrund ist; dieser Rechtssatz ist in unseren heutigen verwickelten Verhältnissen unentbehrlich, wenn er auch auf der anderen Seite zu einer Pandorabüchse geworden ist, aus der Hunderte von ehelichen Schwierigkeiten, Beschwerungen und Anfechtungsklagen hervorgegangen sind[3]). Es handelt sich um solche persönliche Eigenschaften,

---

[1]) Vgl. Thomas von Aquin, Supplem. ad Summa theol. III 51, 2; Sägmüller, Lehrb. des kath. Kirchenrechts II S. 139.

[2]) Natürlich muß es sich um ein wirkliches Individualisierungsmittel handeln; wenn ich die Vorstellung habe, daß A. der jüngste Sohn des B. ist, so ist dies ein Individualisierungsmittel, nicht aber wenn ich lediglich die Vorstellung habe, daß er von Adel ist — hier handelt es sich nur um eine Eigenschaft; vgl. Seidlmeyer, Jahrb. f. Dogm. 46 S. 202.

[3]) Rechtsvergleichendes bei Neubecker, Tuberkulose (1908) S. 30f. Das schwedische Recht gibt eine Anfechtung nur bei Täuschung, das dänische läßt dem Kranken eine dreijährige Frist zur Heilung. Die neuere Literatur hat sich vielfach, allerdings selten glücklich, mit der Frage befaßt; Hölder hat gar die merkwürdige Ansicht aufgestellt, daß körperliche Eigenschaften, abgesehen von Virginität, gar nicht in Betracht kämen (Jahrb. f. Dogm. 42 S. 35): dies bedarf keiner Widerlegung. Belehrend vom medizinischen Standpunkt aus ist Gaupp, Arch. f. ziv. Prax. 104 S. 365.

bei welchen ein objektives und ein subjektives Moment zusammentrifft; ein objektives: daß der vorhandene Umstand nach der vernünftigen Betrachtung der ehelichen Verhältnisse genügt, um mit der Persönlichkeit den Lebensverkehr abzulehnen; ein subjektives: daß der Umstand für den Irrenden so wichtig ist, daß gerade er daran die Ehe scheitern lassen darf. Das objektive Moment ist nicht ein unverbrüchliches; es reicht vom allgemeinen Menschlichen zu allen Eigenarten gesellschaftlicher Vorstellungen und Anschauungen. Allgemein menschlich ist, was die Möglichkeit des Zusammenlebens mit der normalen geschlechtlichen Verbindung betrifft; gesellschaftliche Sonderungen aber gelten in bezug auf viele körperliche Merkmale, vor allem aber auf seelische Eigenschaften, sei es individueller, sei es sozialer Art, welche für die Personen einer bestimmten Gesellschaftsklasse normalweise Voraussetzung einer ständigen Lebensvereinigung sind. Hierbei muß mehreres in Betracht gezogen werden:

a) Eigenschaften sind nicht identisch mit gesellschaftlichen Verhältnissen[1]): sie können sich allerdings in gesellschaftlichen Beziehungen betätigt haben, und die Person, welche in gewisse gesellschaftliche Stellungen gelangt ist, wird dadurch bestimmte Eigenschaften kundgeben, z. B. wenn sie einem anarchischen Verein angehört.

b) Es kommt nicht darauf an, ob es vernünftig oder nicht vernünftig war, eine Ehe einzugehen — nemo mortalis omnibus horis sapit, am wenigsten bei der Eheschließung, bei welcher so oft ein Stück unbewußter Naivität mitspielt, — sondern ob bestimmte objektive Eigenschaften vorhanden sind. welche ein gedeihliches Zusammenleben verhindern. Manche Menschen taugen überhaupt nicht zur Ehe — darauf kann das Recht keine Rücksicht nehmen; die Gegengründe müssen sich auf bestimmte Qualitativmomente zuspitzen, sonst müßte das Recht abdanken, und die Entscheidung würde aller greifbaren Gründe entbehren.

c) Bei vielen Eigenschaften handelt es sich nicht um ein Entweder — oder, sondern um eine Gradesabstufung;

---

[1]) Inwiefern diese bei der Arglist in Betracht kommen, wird sich unten ergeben (S. 127).

hier kann eine mißliche Eigenschaft nur dann als ehehindernd in Betracht kommen, wenn die Mißlichkeit einen solchen Grad erreicht hat, daß sie ähnlich wie ein absoluter Mangel störend ist.

d) In Betracht kommen die Verhältnisse bei der Eheschließung, nicht, was später folgt; indes kann eine Eigenschaft, die bei der Eheschließung nur in minderem Maße vorhanden ist, so gestaltet sein, daß eine stärkere Entwicklung in sicherer oder doch in sehr wahrscheinlicher Aussicht steht; in diesem Falle ist der aktuelle Mangel zugleich der Keim zu späteren Erscheinungen und muß daher auch in seinen verborgenen Zügen in Betracht gezogen werden.

e) Neben diesen rein objektiven Momenten muß die subjektive Seite in Betracht kommen: ein sonst noch so beachtlicher Umstand wird bedeutungslos, wenn der andere Teil darauf keinen Wert legte, so daß der Irrtum für ihn nicht bestimmend war[1]).

5. Die Eigenschaften, die auf diese Weise zur Geltung kommen, können vor allem körperliche Qualitäten sein, so namentlich Impotenz und weibliche Begattungsunfähigkeit[2]), weibliche Konzeptionsunfähigkeit, wohl auch männliche Azoospermie, obgleich dies bis jetzt nicht angenommen wurde; sodann Krankheiten[3]), und zwar nicht nur ansteckende Krankheiten, sondern auch solche, welche das ganze Leben

---

[1]) RG. 14. Januar 1904, JW. 33 S. 114. So auch, wenn ihm ein Teil bekannt und nur ein Teil unbekannt war.

[2]) So Vaginismus, RG. 11. Mai 1911, Warn. IV Nr. 380, er müßte denn in naher Zeit heilbar sein (RG. 16. Oktober 1911, Warn. Entsch. 1912 Nr. 32), oder geschlechtliche Empfindungslosigkeit (RG. 19. Februar 1912, ib. 1912 Nr. 216); so Begattungsunfähigkeit des Mannes, doch muß es eine Unfähigkeit auf die Dauer sein (RG. 5. Februar 1905, JW. 35 S. 167), was allerdings auch in kürzerer Zeit konstatiert werden kann (RG. 17. März 1910, JW. 39 S. 474); es genügt relative Begattungsunfähigkeit, denn es handelt sich um die konkrete Ehe (RG. 12. April 1911, JW. 40 S. 543, Wa. IV Nr. 332); so ausdrücklich das frühere Sächsische Gesetzbuch § 1595.

[3]) Namentlich Syphilis, RG. 11. April 1904, JW. 33 S. 284, RG. 2. Februar 1905, JW. 34 S. 175. Geheilte Geschlechtskrankheiten können in Betracht kommen, wenn von der Krankheit eine Gefahr für die Zukunft übriggeblieben ist; vgl. Jena 30. Mai 1911, Seuff. Arch. 66 Nr. 212.

zerrütten, wie z. B. Krebs. Namentlich kommen solche Krankheiten in Betracht, welche für die Nachkommenschaft verhängnisvoll sind; so namentlich die vorgeschrittene Tuberkulose, die nicht mehr als regelmäßig heilbar zu betrachten ist: ist eine Kinderzeugung von Tuberkulosen überhaupt eine schwere Verantwortung, so muß demjenigen Teile, welcher sich getäuscht hat und auf solche Weise nicht nur selbst in Ansteckungsgefahr kommt, sondern der Erzeugung einer tuberkulösen Nachkommenschaft entgegensehen könnte, unbedingt die Anfechtung gewährt werden. Im Schweizer Gesetzbuch § 125 ist ausdrücklich gesagt, daß die Anfechtung dann erfolgen könne, wenn eine Krankheit verheimlicht worden ist, welche die Gesundheit des Klägers oder der Nachkommen in hohem Maße gefährdet (Art. 125 Z. 2)[1]).

Auch körperliche Ekelhaftigkeiten, die den Organismus nicht weiter angreifen, können in Betracht kommen[2]).

Schwieriger ist die Beurteilung seelischer Eigenschaften. Hier muß man natürlich in höchster Vorsicht verfahren[3]), weil man sonst auf den konfucianischen Standpunkt käme, eine Frau wegen Geschwätzigkeit oder einen Mann wegen mürrischen Temperaments auszustoßen: es müssen Eigenschaften hochgradiger Entartung oder Perversion sein, vor allem natürlich solche Seelenzustände, welche in das Psychopathische hineinspielen, wie Dementia praecox, Paranoia[4]), hoher Grad von Hysterie[5]), Morphinismus, krankhafte Trunksucht, maniakalisch-depressiver Irrsinn, wenn spätere

---

[1]) Vgl. Neubecker im Archiv f. bürg. Recht 31 S. 281, 285 ff. Daß in der Familie eines Ehegatten ein Geisteskranker ist, ist aber noch kein Grund, RG. 13. Februar 1910, JW. 39 S. 334, und unbestimmte Furcht vor künftiger Geisteskrankheit genügt nicht, RG. 24. Februar 1910, Entsch. 73 S. 134.

[2]) Hautflechten, Colmar 12. Oktober 1909, Els.-Lothr. 35 S. 364, Nasengeruch, Fußschweiß.

[3]) Einzelne Verkehrtheiten sind noch keine Charakterfehler, RG. 14. März 1907, JE. 36 S. 257.

[4]) Marienwerder 11. Mai 1908, M. 18 S. 255.

[5]) Nicht aber einfache hysterische Veranlagung mit all ihren Unzufriedenheiten und sadistischen Quälereien, die so verbreitet ist, daß sich jeder Ehemann darauf gefaßt machen muß, KG. 24. April 1908, M. 18 S. 253.

Krankheitsrückfälle zu erwarten sind[1]), Epilepsie. Dagegen ist bloße Lügenhaftigkeit noch kein Grund, wohl aber ein in außergewöhnlicher Weise hervorbrechendes schwindelhaftes Wesen[2]). Die sexuelle Reinheit wird, wenigstens in höheren Ständen, von der Frau verlangt[3]), aber auch nur im eigentlichen Sinne; Onanie kommt nicht in Betracht: die Frau braucht nicht gerade ein unbeschriebenes Blatt zu sein; frühere Liebschaften, die nicht zur Geschlechtsvereinigung geführt haben, sind noch kein genügender Grund, um nachträglich die Frau in Mißlichkeiten zu bringen; Kenntnis des Bräutigams von einer einzelnen Abirrung der Braut schließt aber den Irrtum nicht aus, wenn diese überhaupt einen schlechten Lebenswandel geführt hat; auch das Vorhandensein eines vorehelichen Kindes, welches dem Bräutigam verschwiegen wurde, ist bedeutsam[4]). Bei dem Manne ist die Volksmeinung weniger streng: bei ihm kommen nur außergewöhnliche Abirrungen in Betracht[5]); aber auch frühere Päderastie, wenn sie von dauernder geschlechtlicher Entartung zeugt[6]). Daß natürlich Verbrechen und schwere Strafen ebenfalls Gründe der Ablehnung sein können, versteht sich von selber[7]); sollte etwa eine Strafe ungerecht verbüßt sein, so war es jedenfalls Sache des Verlobten, dem anderen von diesem Sachverhalt Mitteilung zu machen.

6. Natürlich kommt nur ein Irrtum über Eigenschaften des anderen Ehegatten in Betracht, nicht ein Irrtum über eigene Eigenschaften[8]), z. B. über eigene Tuberkulose; nur ist dem

---

1) Vgl. Gaupp im Arch. f. ziv. Praxis 104 S. 370.

2) RG. 13. Juni 1912, Warn. 1912 Nr. 395.

3) RG. 13. Juli 1911, JW. 40 S. 812. Auch ein ausschweifendes Leben einer Witwe kommt in Betracht, obgleich man hier weniger empfindlich ist, ibid.

4) RG. 2. Juni 1910, JW. 39 S. 707.

5) Vgl. RG. 12. April 1911, JW. 11 S. 543. Das Gegenteil hat man bei vorehelichem Ehebruch des Mannes angenommen, Hamburg 13. Juni 1903, M. 7 S. 100, RG. 14. März 1904, JW. 33 S. 204; auch dies geht zu weit.

6) RG. 6. Oktober 1902, Entsch. 52 S. 306. Diesen Fall erwähnt ausdrücklich das Sächsische Gesetzbuch § 1595.

7) So Verurteilung wegen Unsittlichkeit mit Kindern, RG. 4. April 1910, JW. 39 S. 475.

8) RG. 7. November 1907, JW. 36 S. 835.

tuberkulösen Ehegatten gestattet, mit Rücksicht auf die Nachkommenschaft die normale Begattung zu verweigern.

7. Einen typischen Fall einer Irrung, welche sich nicht auf die Person, sondern auf ihre Verhältnisse bezog, bot der im Frühjahr 1914 in Rom entschiedene Rechtsstreit Moscherini-Davis. Ein Italiener hatte in Vichy ein Mädchen, das sich Lulu Davis nannte, kennen gelernt; sie war in Texas aufgewachsen, und da die Standesbücher daselbst verbrannt waren, so bot die Heirat wegen der nötigen Papiere einige Schwierigkeit. Die Braut war von einem Italiener in Mexiko als natürliche Tochter anerkannt worden, ihre Mutter aber hatte sie, um die Schwierigkeiten zu beseitigen, als eheliche Tochter von ihrem verstorbenen Ehemann ausgegeben. Der Ehemann wollte die Ehe wegen Irrung anfechten, wurde aber natürlich zurückgewiesen[1]).

8. Ein besonderer Fall des Irrtums liegt dann vor, wenn der zurückgebliebene Ehegatte eines für tot Erklärten wieder geheiratet hat; dies hat zur Folge, daß die Ehe mit dem Toterklärten gelöst wird (S. 132): damit könnte die Sache als erledigt gelten, denn, ist die alte Ehe gelöst, so ist die neue Ehe normal, und die Lösung der alten Ehe ist definitiv, denn auch

---

[1]) Der Fall wurde im Piccolo Giornale d'Italia vom 14. April 1914 wie folgt erzählt:

La giovane americana accettò e cosi incominciarono i preparativi per le nozze, i quali non furono nè facili nè brevi, perchè era necessario che la Davis si fornisse di tutti i documenti richiesti dall' ufficio di stato civile.

Infatti il Municipio di Austin, capitale del Texas nell'America, patria della signorina, fu anni sono distrutto da un incendio e con esso tutti i documenti compreso l'atto di nascita della Davis.

Siccome tale atto era assolutamente necessario, tanto che per qualche tempo sembrò che la sua mancanza dovesse far tramontare il bel progetto, la signorina Davis si ricordò di possedere un documento comprovante la sua identità. Tale documento si era potuto ottenere in questo modo: qualche anno fa la Davis si trovava in casa di un certo signor Pini, nel Messico, e siccomè le autorità esigevano da lei un atto di identità, fu dal signor Pini stesso riconosciuta come figlia naturale. Tale documento però non bastò all'ufficio dello stato civile di Roma, ed allora la signora Davis, madre di Lulù, inviò dall'Austria un documento attestante che la signora stessa, innanzi alle autorità municipali ed in presenza di testimoni, aveva dichiarato che Lulù era nata dal suo regolare matrimonio col signor Giacomo Davis, ora defunto. Tale dichiarazione soddisfece lo stato civile, e finalmente il matrimonio, in forma privatissima, fu celebrato . . .

eine spätere Anfechtung der Todeserklärung kann ihr nichts mehr anhaben (§§ 1348, 1349). Allein das Gemütsleben verlangt auch seine Rücksicht; wer sich auf diese Weise verheiratet, wird sich verheiraten in der festen Meinung, daß der Toterklärte tot ist, und wenn der Totgeglaubte noch lebt, so kann jeder der Ehegatten, der die Ehe in diesem Irrtum abgeschlossen hat, sie wegen Irrtums anfechten — eine gewöhnliche Irrtumsanfechtung, nur mit der Besonderheit, daß die Anfechtung (im Gegensatz zu § 1338) hier nicht mehr erfolgen kann, wenn die neue Ehe durch Tod gelöst ist (§ 1350)[1]. Im übrigen kann die Anfechtung von dem zurückgebliebenen Ehegatten der früheren Ehe ausgehen oder von seinem Mitehegatten. Der Toterklärte aber hat kein Anfechtungsrecht; im übrigen hatte ich früher mit der gewöhnlichen Lehre angenommen, daß seine Ehe weiterbestehe, wenn die neue Ehe aus diesem oder einem anderen Grunde angefochten und kraft Anfechtung vernichtet würde[2]. Ich kann dies nicht mehr aufrechterhalten: die Rechtslage des zurückkehrenden Totgeglaubten wäre eine unerträgliche. Er wäre allerdings frei, wenn die Anfechtungsfrist verstrichen und die Anfechtung ausgeschlossen wäre; da aber eine Ehe auch wegen sonstigen Irrtums oder aus anderen Gründen angefochten werden kann, so wäre er Jahre hindurch in der Unsicherheit, ob er noch verheiratet ist oder nicht! Dies kann nicht sein: die alte Ehe ist durch eine neue Ehe gelöst, wenn sie überhaupt eine Ehe ist, also auch wenn sie nichtig oder kraft Anfechtung für nichtig erklärt ist[3].

9. Der Irrtum in den Eigenschaften muß ein Irrtum in den Eigenschaften der Person selbst sein. Alles was ihre Familie und die Familienangehörigen betrifft, alles was ferner die Umstände betrifft, welche die Ehe umgeben, kommt hier nicht in Betracht; so z. B. die politische Richtung der Familie, der Wille dritter Personen, z. B. der Wille eines Vorfahren, welcher eine solche Ehe mißbilligen würde, Mißlichkeiten in der Lebenslaufbahn, welche die Ehe mit sich brächte; alles dieses ist für diese Frage ohne Bedeutung (§ 1333 BGB.).

---

[1]) Vgl. oben S. 100.

[2]) Lehrb. I S. 296.

[3]) Vgl. oben S. 106 und unten S. 132.

IV. Weiter geht die Anfechtung wegen Arglist. Auch diese findet allerdings nicht bei jeder Täuschung statt; namentlich müssen Täuschungen über Vermögensverhältnisse auch hier ganz außer Betracht bleiben: denn die Ehe darf nicht als Vermögensinstitut gelten; sie können höchstens so weit berücksichtigt werden, als hierdurch die täuschenden Personen sich als Personen von besonderer sittlicher Niedertracht erweisen. Andererseits kommen bei der Arglist nicht nur wesentliche Eigenschaften der Person in Betracht, sondern auch wesentliche Umstände sozialer Art, namentlich Verhältnisse der Familie (wenn etwa der Vater des Bräutigams oder der Braut im Zuchthause war), Verhältnisse des Standes, Verhältnisse staatlicher Stellung; auch etwa das Vorhandensein vorehelicher Kinder des Mannes, welches der Frau verschwiegen worden ist. In allen diesen Beziehungen ist die Anfechtung dann möglich, wenn eine arglistige Täuschung obgewaltet hat und wenn hierbei sowohl die objektive als auch die subjektive Betrachtung zur Ablehnung der Ehe führt.

Aber auch wenn die Ehe schon wegen Irrtums für nichtig erklärt werden könnte, ist es bedeutsam, sie wegen Arglist anzufechten, weil hierdurch der andere Teil von selbst ins Unrecht gesetzt wird[1]).

In allen Fällen aber ist die Arglist ein bloß persönlicher Anfechtungsgrund; sie ist nur dann bedeutsam, wenn gerade der andere Ehegatte Arglist geübt oder doch durch Einverständnis mit der täuschenden Person sich an der Arglist beteiligt hat (§ 1334).

V. Im Gegensatz dazu ist die Drohung, hier wie auf dem Gebiete des Vermögensrechts, unpersönlicher Art: die Ehe kann angefochten werden, wenn die Drohung von irgendwelcher Seite herrührt, da die Rechtsordnung von dem Satze ausgeht, daß die in der Drohung liegende Gewalt ein viel schärferer und brutalerer Eingriff in die Freiheit der Willensentschließung ist als die Arglist, und daß darum der Vergewaltigte in keiner Weise darunter leiden darf, sollte auch

---

[1]) Es ist daher eine Beschwerung des Klägers, wenn das Gericht die Ehe wegen Irrtums, anstatt wegen Arglist für nichtig erklärt, RG. 18. Januar 1912, JW. 41 S. 393. Das Urteil muß sich in dieser Beziehung bestimmt aussprechen, RG. 9. Januar 1913, JW. 42 S. 378.

dabei indirekt ein Unschuldiger getroffen werden (§ 1335). Die Drohung muß nach bekannten Grundsätzen eine tiefdringende, die Persönlichkeit in ihrem Grundwesen erschütternde Drohung sein; namentlich kommt der metus reverentialis nicht in Betracht: der Umstand, daß Vater oder Mutter, Onkel oder Tante im Falle des Nichtzustandekommens der Ehe zürnen, ist völlig unerheblich; aber auch wenn jemand bei Verweigerung der Ehe mit einer Schädigung in geschäftlichen Verhältnissen droht, z. B. mit Entziehung der Kundschaft, Lösung von Handelsverbindungen, Kündigung des Kredits, so ist dies kein hinreichender Zwangszustand, um eine Eheanfechtung zu begründen: die Ehe ist so wichtig, daß jemand auch Vermögen zu opfern hat, um sich einer ungeeigneten Eheverbindung zu entziehen. Anders verhält es sich aber mit einer Denunziation, welche jemanden in eine schwere strafrechtliche Untersuchung brächte oder seine gesamte Ehrenstellung erschütterte. Daß auch Drohungen von Gewalttätigkeiten gegen die Person selbst oder gegen nahe verbundene Personen hierher gehören, versteht sich von selber.

IV. Unschädliche Mängel.

§ 24.

I. Möglicherweise sind die Voraussetzungen der Ehe nicht so wesentlich, daß bei ihrer Nichtbeachtung die Ehe mangelhaft oder nichtig wäre. Sie kommen daher nur in Betracht als Hindernisse der Eheschließung: es ist natürlich Pflicht des Standesbeamten, sich über diese Umstände zu erkundigen und entsprechendenfalls die Ehe nicht abzuschließen; ist aber die Ehe abgeschlossen, dann haben sie keine Bedeutung mehr. Das impedimentum ist nur ein impedimentum impediens, nicht dirimens. Hierher gehören folgende Fälle:

1. Mangelndes Ehealter,
2. Mangel der elterlichen Zustimmung,
3. Uneheliche Schwägerschaft (affinitas illegitima),
4. Mangel des Zeitablaufs nach Beendigung der früheren Ehe,
5. Scheindoppelehe,
6. Berufshindernisse (nach landesgesetzlichen Bestimmungen).

II. Hierüber gilt:

1. Das eheliche Alter ist bei dem Ehemann Volljährigkeit, bei der Frau das 16. Lebensjahr, doch kann bei dieser auch Dispens gegeben werden (§ 1303); ein Dispens bei dem Ehemann ist ausgeschlossen; Volljährigkeitserklärung aber macht volljährig (§ 3).

2. Die Brautleute sollen zur Ehe, auch wenn sie volljährig sind, die Zustimmung der Eltern einholen[1]); wenn sie, als noch nicht volljährig, die Zustimmung der Gewalthaber für sich haben, so ist zu dieser Zustimmung noch die Zustimmung der Eltern erforderlich, falls diese nicht ihre Gewalthaber sind und daher der Mangel der Geschäftsfähigkeit durch andere gesetzliche Vertreter ersetzt wird. Die Zustimmung soll eingeholt werden bei dem Vater, wenn es sich um ein eheliches Kind handelt, sonst bei der Mutter. Vorausgesetzt ist, daß das Kind das 21. Jahr noch nicht erreicht hat; daß es durch eine Volljährigkeitserklärung bereits vor dem 21. Jahr volljährig geworden ist[2]), kommt nicht in Betracht.

Übrigens kann, wenn das Kind volljährig ist, die Obervormundschaft die Zustimmung ersetzen (§§ 1305, 1308).

3. Eine uneheliche Schwägerschaft liegt dann vor, wenn der Ehegatte sich mit einem Aszendenten oder einem Abkömmling des anderen geschlechtlich verbunden hat, so in dem bekannten Romanfalle, wenn eine Mutter ihren Geliebten der Tochter abtreten will, oder wenn jemand mit der Tochter geschlechtlich verkehrt hat und nachher die Mutter heiraten will. Dieses Ehehindernis ist nur ein hemmendes Hindernis und kann daher nicht zur Ungültigkeit führen (§§ 1310, 1327).

---

[1]) Die Zustimmung der Eltern beruhte auf der Haus- und Sippengewalt und wurde früher besonders bei Frauenspersonen streng verlangt: Ehe ohne Zustimmung war Raub. In der katholischen Kirche haben besonders Petrus Lombardus und Rolandus Bandinelli (der spätere Papst Alexander III.) mit Rücksicht auf die Sakramentsnatur der Ehe dahin gedrängt, die elterliche Zustimmung nicht mehr als Gültigkeitsvoraussetzung anzunehmen, und diese Ansicht hat im Tridentinum obgesiegt. Vgl. Kößler, Väterliche Ehebewilligung (1908) S. 103, 113, 166.

[2]) Näheres darüber im Elternrechte.

4. Wenn eine Ehe gelöst wird, so darf die Frau erst nach zehn Monaten wieder heiraten. Es hängt dies mit dem bekannten Trauerjahr zusammen, hat aber einen ganz anderen Charakter angenommen und gilt insbesondere auch dann, wenn die Ehe durch die Ehescheidung gelöst ist. Der Grund ist der: man will Unsicherheit der Kindschaft vermeiden, welche eintreten könnte, wenn die Frau einige Monate nachher niederkäme (vgl. § 1313). Die ganze Bestimmung ist, obgleich sie sich auch in anderen Gesetzen findet, überflüssig oder wenigstens zu weitgehend: eine Pause von drei Monaten würde genügen, sofern die Frau nachweisen könnte, daß sie nicht in der Hoffnung ist. Ist sie nach Lösung der Ehe niedergekommen, dann ist selbstverständlich die Ehe sofort möglich. Übrigens ist Dispens statthaft.

5. Eine Scheindoppelehe liegt vor, wenn der eine Ehegatte in nichtiger oder anfechtbarer Ehe lebt, die noch nicht für nichtig erklärt worden ist. Das Hindernis ist ein aufschiebendes, kein trennendes — wird also die erste Ehe nachträglich für nichtig erklärt, so ist die zweite von Anfang an gültig (§§ 1309, 1326 BGB.). Allerdings ist das aufschiebende Hindernis besonders streng: seine Verletzung unterliegt der Strafe der Doppelehe; auch der Standesbeamte erfährt schwere Ahndung (§§ 171, 338 StGB.).

Minder streng wird der Fall behandelt, wenn der zurückgebliebene Ehegatte eines Toterklärten wieder heiraten will; hier kann es ein aufschiebendes Hindernis sein, wenn die Toterklärung durch Anfechtungsklage angegriffen wird und der Prozeß noch schwebt (§ 1349).

Der 6. Fall ist der des Beamten- und Militärrechtes: Militär- und Landesgesetze[1]) können eine Genehmigung der Behörde verlangen; aber auch diese Bestimmung bildet nur ein hemmendes Hindernis.

III. Kein Ehehindernis ist es zu nennen, wenn aus vormundschaftlichen Gründen der Ehegatte, welcher minder-

---

[1]) Vgl. Militärgesetz 2. Mai 1874 § 40 und MilStGO. § 1. Für den Fall der erlaubnislosen Ehe ist Strafe bestimmt in MilStGB. § 150. Für Beamte ist in Preußen die Notwendigkeit der Genehmigung beseitigt (Art. 42 des AusfG. zum BGB.).

jährige Kinder hat, vorher die erforderlichen Nachweise liefern und die nötigen Sicherheiten geben muß, damit das Vermögen der Kinder gewahrt wird (vgl. §§ 1314, 1493, 1640, 1669). Noch weniger kann das Verhältnis zwischen Wahlvater und Wahlkind als ein ernstliches Hindernis gelten; allerdings soll die Ehe nur abgeschlossen werden, nachdem das Ankindungsverhältnis gelöst ist (§ 1311); da sie aber das Verhältnis beliebig lösen können, ja noch mehr, da es durch die Eheschließung ohne weiteres gelöst wird, so kann von einem ernstlichen Hindernis nicht die Rede sein (§§ 1311, 1771).

IV. Das deutsche Recht kennt keine weitere Bestimmung, wonach dem geschiedenen Ehegatten eine Zeitlang die Ehe verboten ist. Anders eine Reihe anderer Rechte, welche dem schuldigen Ehegatten für einige Zeit die Ehe untersagen, so das Schweizer Zivilrecht: hier kann dem schuldigen Ehegatten die Eingehung einer Ehe auf ein bis zwei Jahre, ja sogar bei Ehebruch auf drei Jahre verboten werden (Art. 150). Die Bestimmung ist verwerflich; will man dadurch der Frivolität der ständig wiederholten Eheschließung und Scheidung entgegenwirken, so treibt man anderseits die Liebenden, die sonst in der Ehe eine legitime Zuflucht gefunden hätten, zur freien Liebe. Eine neue Eheschließung ist häufig für den geschiedenen Ehegatten, so schuldig er ist, eine sittliche Tat, die ihn wieder aufrichtet und vom Verderben zurückhält. Und der Gedanke, jemanden dadurch zu bestrafen, daß er keine Ehe abschließen darf, ist ein grundverkehrter, ja ungeheuerlicher.

IV. Lösung der Ehe.

I. Titel.

Vollständige Lösung. Ehescheidung.

(Enzyklopädie II S. 141.)

A. Allgemeines.

§ 25.

I. Die Lösung der Ehe erfolgt durch den Tod; mit dem Tod bricht das Band entzwei: eine Beziehung zu dem Verstorbenen, welche eine neue Ehe ausschließt, haben viele Völker aus religiösen Gründen angenommen; wir kennen sie nicht mehr.

II. Durch Todeserklärung wird die Ehe nicht aufgehoben, wohl aber durch eine neue Ehe nach der Todeserklärung, sofern mindestens einer der beiden neuen Ehegatten in gutem Glauben ist (§ 1348). Hierbei gilt folgendes:

1. Der gute Glaube ist der Glaube an den der Todeserklärung entsprechenden Tod. Weiß der Ehegatte, daß der Verschollene die Todeserklärung überlebt hat, so befindet er sich nicht in gutem Glauben, auch wenn er annimmt, daß er hintennach gestorben ist; er kann sich, wenn sich diese letzte Meinung nicht bewährt, ebensowenig auf den § 1348 berufen, als wenn keine Todeserklärung erfolgt wäre.

2. Die Ehe nach der Todeserklärung löst die alte Ehe, sofern nur die neue Ehe eine Ehe ist, also auch wenn sie eine nichtige, auch wenn sie eine anfechtbare Ehe ist und nachträglich mit Erfolg angefochten wird (vgl. oben S. 106).

III. Eine der wichtigsten Ehefragen aber ist es, ob die Ehe nicht vor dem Tod geschieden, d. h. kraft Kündigung des einen oder kraft Übereinstimmung beider Teile gelöst werden kann.

1. Die Unauflöslichkeit der Ehe beruhte früher auf religiösen Gründen, die für unsere Kulturzeit nur noch eine relative Bedeutung haben; sie wird heutzutage hauptsächlich auf ethische Gründe gebaut, die teils auf einen überstarken Idealismus zurückgehen, teils auf einer Übertreibung sozialer Erwägungen beruhen.

2. Der Glaube, daß durch die Ehe eine mystische Beziehung zwischen den Ehegatten stattfindet, welche durch Menschen nicht gebrochen werden dürfe, ist für uns unwiederbringlich dahin: ist er doch schon nach der Richtung, daß die Ehe durch den Tod aufgelöst wird, im Christentum nicht festgehalten worden. Aber auch die Unauflöslichkeit während Lebzeiten, welche das Christentum erst allmählich angenommen hatte[1]), stützt sich nicht mehr auf jenen mystischen Glauben, welcher dereinst das menschliche Leben erfüllte.

3. Die ethischen Gründe für die Unauflöslichkeit der Ehe können nur besagen, daß die Lebenslänglichkeit ein Ideal

---

[1]) Die Annahme knüpfte an Augustin an; Seeberg, Dogmengeschichte III S. 275.

ist, welches die Ehegatten ins Auge fassen sollen, welches aber nicht zum unerträglichen Zwang werden darf. Die sozialen Gründe, die man anführt, sind teils direkter Art: man berücksichtigt namentlich das Verhältnis der Kinder und die Zerfahrenheit ihrer Stellung, wenn sie zwischen beiden Ehegatten hin- und herschwanken und schon frühzeitig in alle diese Zerwürfnisse eingeweiht werden. Dies ist wichtig, aber nicht durchschlagend; auch bei einer schlechten Ehe ist die Stellung der Kinder keine erbauliche.

Bedeutsamer sind die indirekten sozialen Erwägungen, aber sie führen nicht dahin, die Ehe unlösbar zu machen, sondern nur, die Ehescheidung verhältnismäßig zu erschweren. Die Scheidung muß immer ein Opfer sein, zu dem man sich nur aus dringenden Gründen entschließt. Ein Verhältnis leichter Lösung, wie bei der freien Liebe, führt zu der unhaltbaren Folge, daß nicht nur die ehelichen Zustände in ständigem Schwanken begriffen sind, sondern auch der feinere, nachgiebigere und tiefer empfindende Ehegatte in schweren Nachteil gerät gegenüber dem rücksichtslos harten, nüchternen Gesellen, der durch ständige Androhung der Scheidung ihn in steter Furcht hält, ihm Versprechen auf Versprechen abringt und ihn völlig zu seinem Sklaven macht[1]).

4. Hiernach kann unser Ideal nicht die Unlöslichkeit der Ehe sein, aber auch nicht die freie Liebe[2]), obgleich dieser, wie es schon Papinian tat, eine geachtetere Stellung einzuräumen ist, als es in der heutigen Gesellschaft der Fall ist[3]), auch nicht eine Ehe, die durch einfache Übereinstimmung zu lösen ist.

---

[1]) Vgl. Recht und Persönlichkeit S. 44f.

[2]) Recht und Persönlichkeit S. 47, Arch. f. ziv. Prax. 103 S. 309.

[3]) Kleinlich und philiströs sind in dieser Beziehung deutsche Landes- wie schweizer Kantonalrechte. Im Züricher Einführungsgesetz zum ZivGB. § 123 heißt es: „Das Konkubinat ist untersagt. Die Gemeinderäte haben von Konkubinatsverhältnissen dem Statthalteramt Kenntnis zu geben. Dieses erläßt die erforderlichen Verfügungen zur Aufhebung des Verhältnisses unter Androhung strafrechtlicher Verfolgung wegen Ungehorsams. — Werden durch das Konkubinatsverhältnis keine familienrechtlichen Pflichten verletzt, so kann das Verbot und die Bestrafung unterbleiben, sofern die Eingehung der Ehe wegen eines in der Gesetzgebung des

Ob überhaupt eine Ehescheidung kraft Übereinstimmung der Ehegatten zugelassen werden soll, ist noch unten zu erörtern. Jedenfalls aber ist eine Ehescheidung kraft Ehekündigung aus gerechtfertigten Gründen ein Erfordernis des modernen Rechts.

5. Bei jüdischen Ehen kommt neben der bürgerlichen Scheidung eine kirchliche Scheidung durch get (Scheidebrief) in Betracht. Ein Zwang, der bürgerlichen Scheidung einen solchen kirchlichen Akt folgen zu lassen, besteht nicht[1]).

B. Ehekündigung.

I. Ehekündigungsrecht als familienrechtliche Befugnis.

§ 26.

I. Nimmt man ein Kündigungsrecht aus gerechtfertigten Gründen an, dann bleibt noch die eine Frage: gehören zu solchen gerechtfertigten Gründen nur Pflichtwidrigkeiten eines Teiles, oder genügen neutrale Umstände, infolge derer die Zwecke der Ehe als unerreichbar erscheinen.

II. Hier ist zu bemerken: Die Zwecke der Ehe als Zwecke gegenseitigen Opfers und uneigennütziger Hingabe lassen sich verwirklichen, auch wenn auf seiten eines Ehegatten Mißlichkeiten vorliegen, welche gewisse Folgen, auf die man hoffen konnte, als unmöglich erweisen. Wenn die Ehe kinderlos bleibt oder wenn ein Ehegatte am Siechtum krankt, so tritt die eheliche Liebe mit besonderer Zartheit und Innigkeit hervor, um dem anderen Teile das Los zu erleichtern, unter dem er zu leiden hat. Derartige Unglücksfälle können

---

Heimatstaates begründeten Hindernisses unmöglich ist, das im schweizerischen Rechte nicht besteht. Dies kann namentlich dann geschehen, wenn aus dem Verhältnis Kinder hervorgegangen sind, deren Unterhalt und Erziehung zu keinen Klagen Anlaß geben, und wenn die Vereinigten nicht früher im Konkubinatsverhältnis gelebt haben. — Verfügungen des Statthalteramtes, durch die auf das Verbot von Konkubinatsverhältnissen verzichtet wird, sind der Justizdirektion zur Genehmigung vorzulegen.“ Hier sind noch einige Ausnahmefälle gegeben. Aber auch diese Ausnahmen will man neuerdings beseitigen. Verhandlungen des Kantonsrats vom 28. Oktober 1912, Neue Züricher Zeitung 28. Oktober 1912.

[1]) RG. 14. Februar 1904, Entsch. 57 S. 250.

und dürfen keinen Ehescheidungsgrund bilden; dies verstieße gegen die sittliche Anforderung der Ehe als eines Hilfsinstituts für Tage der Trübsal wie der Freude[1]).

III. Eine andere Frage ist es, ob Charakterzüge und seelische Unstimmigkeiten zur Scheidung berechtigen können. Hier ist zu sagen: jeder Teil ist verpflichtet, seine Eigenarten so weit zu überwinden, als die Ehe benötigt, und das Sichgehenlassen, als ob die Ehe keine Pflichten hätte, oder als ob solche Pflichten nur für den einen, nicht für beide vorhanden wären, ist die schwerste der ehelichen Verfehlungen. Jeder hat nicht nur seine Eigenart zu bezähmen, sondern auch die unangemessene Eigenart des anderen zu tragen, vorausgesetzt, daß sie nicht zu einer geistigen Mißhandlung ausartet, in welchem Falle aber nicht mehr eine bloße ethisch neutrale Eigenart, sondern eine Pflichtwidrigkeit vorliegt. Dies theoretisch; praktisch wird die charakterologische Unstimmigkeit insoweit bedeutend in Betracht kommen, als auf ihrem Hintergrund die Zerwürfnisse und Ausbrüche eine ganz andere Gestaltung annehmen und zum ständigen Kriegszustand auszuarten drohen. Gesetz und Gericht können sich der Aufgabe nicht entziehen, hinter den Guerillakämpfen der Ehe den Hintergrund zu lichten und den tieferen Grund von Zwist und Hader zu erspähen. Vgl. unten S. 165.

IV. Also weder persönliche Schicksale, welche Hoffnungen und Aussichten zerstören, können Grund zur Ehescheidung sein, noch auch bloße charakterologische Zustände, welche einer Ausgleichung widerstreben. Alles dies wäre der tiefen Auffassung der Ehe nicht gemäß. Ehescheidungsgründe sollen nur Pflichtwidrigkeiten sein, Pflichtwidrigkeiten verschiedener Art, welche sich aber in dem einen Punkte treffen, daß ein Ehegatte die Hingabe, welche die Treuwaltung der Ehe verlangt, in so geringem Maße zeigt, daß die Ziele der Ehe sich als unerreichbar darstellen; in solchem Falle kann dem anderen Teile eine Fortsetzung seiner Hingabe und Aufopferung nicht zugemutet werden. Hier scheint nun allerdings die Ehescheidung wegen Geisteskrankheit eine Ausnahme zu machen, allein diese gehört einer anderen Ordnung der Dinge

---

[1]) Recht und Persönlichkeit S. 45.

an: sie ist eine Ehescheidung wegen geistigen Todes, die damit in Parallele gestellt werden kann, daß die Ehe von selbst gelöst wird, wenn nach der Todeserklärung der zurückbleibende Ehegatte wieder heiratet.

V. Der „gerechtfertigte Grund“ gibt dem verletzten Ehegatten die Befugnis, die Ehe zu kündigen, eine Befugnis, die auf Familienrecht beruht; denn die Ehe wie jede Gemeinschaft trägt die Möglichkeit der Lösung aus gerechtfertigten Gründen in sich. Es ist natürlich Sache des gekränkten Ehegatten, davon Gebrauch zu machen; tut er es nicht, so kann nicht etwa der schuldige Teil die Ehescheidung betreiben. Nicht selten kommt es vor, daß der unschuldige Ehegatte sich vor der Ehescheidung scheut, daß namentlich die Frau mit Rücksicht auf die Kinder oder aus anderen Gründen es vorzieht, lieber als Ehefrau eine getrennte Wohnung zu beziehen und für sich zu leben, als den Titel einer Witwe in Kauf zu nehmen. Dies ist allerdings ein etwas unleidlicher Zwischenzustand, gegen den auch das öffentliche Interesse nicht stumpf bleiben darf. Und darum ist dem schuldigen Ehegatten ein gewisser indirekter Zwang gegeben, den anderen zur Ehescheidung zu drängen: er kann ihn auffordern, wieder mit ihm zusammenzuleben; wenn er dieser Aufforderung nicht folgt, so tritt die Wirkung ein, daß nach 6 Monaten das Ehescheidungsrecht erlischt; will daher der Berechtigte die Ehescheidung nicht aus der Hand geben, so wird er dadurch gedrängt, Farbe zu bekennen und sich zu einem Definitivum, nämlich der Ehescheidung oder der Ehetrennung (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft) zu entschließen (§ 1571).

Dieser an sich annehmbare Gedanke des Gesetzes kann allerdings in einem Falle große Schwierigkeiten finden, wenn nämlich der unschuldige Teil im Gefängnis sitzt oder durch andere Umstände zurückgehalten wird und nicht in der Lage ist, die häusliche Gemeinschaft wieder herzustellen. In solchen Fällen sucht sich die Praxis zu helfen und zwischen beiden Standpunkten zu vermitteln. Es ist natürlich eine Härte, wenn man den unschuldigen Ehegatten zur Ehescheidung drängt, auch dann, wenn er durch solche mehr oder minder notwendige Abwesenheit in einem Zu-

stande ist, der eine direkte Lebensvereinigung mit dem anderen ausschließt. Auf der anderen Seite bleibt doch auch das Interesse des schuldigen Teiles übrig, und wenn nun dieser auch hundertmal der schuldige Teil ist, so muß man ihm doch Mittel und Wege geben, um aus solchem unleidlichen Zustand zu einem Definitivum zu gelangen, schon deswegen, weil dafür auch ein öffentliches Interesse spricht. Man wird darum sagen, daß allerdings in Fällen der durch den Lauf der Lebensverhältnisse herbeigeführten Abwesenheit, wozu auch dienstliches Fernbleiben gehört, eine Aufforderung zur Herstellung der Gemeinschaft unwirksam ist: dem Anspruch auf Wiederherstellung der Gemeinschaft steht eine Einrede gegenüber; die Frau hat kein Recht, eine Wiederherstellung des häuslichen Lebens so lange zu begehren, als der Mann im Krieg ist oder von staatshalber auswärts verweilt. Ist aber die Abwesenheit nicht durch die Lebensverhältnisse, sondern durch entwürdigende Umstände begründet, ist also der unschuldige Teil im Gefängnis oder in Untersuchungshaft, dann ist eine solche Einrede nicht begründet und der schuldige Teil kann mit Erfolg eine solche Aufforderung zur Herstellung der Gemeinschaft ergehen lassen: zwar kann der Gefangene die Gemeinschaft (einstweilen) nicht wiederherstellen, aber dies beruht auf Umständen, die er selbst zu tragen hat und die nicht auf den anderen Ehegatten zurückfallen können. Wenn er daher die Ehegemeinschaft nicht herstellt, so muß er die Scheidungsklage erheben, sonst wird er durch Fristablauf ausgeschlossen.

Dies, sofern solche Hindernisse in der Person des unschuldigen Ehegatten zutreffen. Sind diese Hindernisse in der Person des schuldigen Teiles eingetreten, dann ist allerdings ein Begehren auf Fortsetzung der Gemeinschaft von seiner Seite nur begründet, wenn er selbst in der Lage ist, die häusliche Gemeinschaft fortzusetzen. Wenn also der schuldige Ehegatte im Gefängnis ist, so steht ihm natürlich ein derartiges Recht nicht zu, aber auch dann nicht, wenn er etwa im Kriege abwesend ist, und ebenso steht es auch der schuldigen Frau nicht zu, wenn sie etwa wegen Tuberkulose jahrelang an einem Höhenorte verweilen muß. Eine größere Begünstigung kann der schuldige Teil nicht be-

anspruchen, und auch das öffentliche Interesse spricht nicht dafür: der unschuldige Teil kann immer noch abwarten, daß sich vielleicht die Hindernisse heben und eine Eheharmonie wieder eintritt. Ist zudem der Ehemann der schuldige Teil, so kann er überhaupt von der Frau eine häusliche Gemeinschaft nur dann verlangen, wenn er in der Lage ist, ihr eine ehrenhafte häusliche Wohnung zu gewähren[1]).

VI. Die Ehekündigung ist ein zivilistischer Akt des Familienrechts; sie steht darum auch dem Geschäftsbeschränkten ohne Mitwirkung des Gewalthabers zu (§ 612 ZPO.), und sie kann nur durch Eigenhandlung des Geschäftsbeschränkten erfolgen, nicht durch bloße Erklärung des Gewalthabers. Ist allerdings der Ehegatte geschäftsunfähig, so kann der Gewalthaber (mit obervormundschaftlicher Genehmigung) die Ehekündigung vornehmen (§ 612 ZPO.).

VII. Die Ehekündigung erfolgt durch Klage (Ehescheidungsklage); sie muß als gestrecktes Rechtsverhältnis sich im Prozeß bis zum rechtskräftigen Urteil betätigen[2]). Die Geschäftsfähigkeit für die Ehekündigung bewirkt auch die Prozeßfähigkeit für die Klage. Mit dem rechtskräftigen Urteil tritt folgendes ein:

1. Es wird in maßgebender Weise erklärt, daß ein gerechtfertigter Grund der Ehekündigung gegeben ist;

2. Die Ehekündigung hat damit ihr Ende erreicht und die Ehe ist geschieden. Das Verhältnis war früher im Code Napoléon noch dadurch klargelegt, daß das Urteil nur die Gestattung der Ehescheidung aussprach und die Ehescheidung erst durch einen vom scheidenden Ehegatten erwirkten Eintrag bei dem Standesbeamten erfolgte. Diese beiden Akte hat man zusammengezogen und die Ehekündigung bereits in die Klage hineingelegt, so daß mit dem rechtskräftigen Urteil bereits die Ehescheidungserklärung erfolgt ist. Zwar soll auch bei uns die Ehescheidung im Standesregister am

---

1) Über diese Fragen vgl. Königsberg 9. Juni 1902, Mugdan V S. 399, vor allem aber RG. 22. Januar 1903, Entsch. 53 S. 537.

2) Übrigens hat auch schon die begründete Klage gewisse Wirkungen, auch wenn der Kläger stirbt und infolgedessen kein rechtskräftiges Urteil ergehen kann: die erbrechtlichen Folgen der Klage sollen trotzdem eintreten (§§ 1933, 2077, 2268, 2279).

Rande vermerkt werden, und der Staatsanwalt soll dafür sorgen (§ 55 PersStG.), indem er dem Standesbeamten eine Ausfertigung des Urteils mit Angaben des Tages der Rechtskraft übersendet (§ 25 der Verordnung vom 25. März 1899); doch hat dies nur Ordnungscharakter.

Der Nerv des Scheidungsinstituts liegt aber auch bei uns in der Ehekündigung, nicht im Urteil.

Daß das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1564 die Worte gebraucht: „Die Scheidung erfolgt durch Urteil“, besagt nur, daß es eben nach dem Urteil keines weiteren Aktes der Ehegatten bedarf; etwas Sonstiges ist aus den Worten des Gesetzes so lange nicht zu erschließen, als man nicht das Prinzip aufstellt, daß wir an die etwaigen Konstruktionen des Gesetzes gebunden sind. Unsere ganz moderne Auffassung geht dahin, daß es der Ehegatte ist, der sich von der Ehe löst, nicht daß der Richter sie trennt; denn die Ehescheidungsbefugnis beruht auf dem Familienrecht des Ehegatten, und dieses ist ein ihm persönliches Recht, dessen Wirksamkeit zwar an die richterliche Feststellung geknüpft ist, das aber nicht weggegeben werden darf, wenn man nicht den Richter als Patriarchen betrachtet, der, über den Parteien stehend, vom erhabenen Standpunkt aus über ihre Ehe verfügt.

VIII. 1. Die Ehescheidung ist mit der rechtskräftigen Feststellung beendet[1]). Mit diesem Augenblick hat das gestreckte Rechtsgeschäft der Ehekündigung sein Ziel erreicht: der Ehescheidungswille hat sich bis zum letzten Momente betätigt. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens kann das

---

[1]) Für die Rechtskraft sind noch folgende prozessuale Bestimmungen hervorzuheben:

1. ein vorausgehender Prozeßvertrag, welcher die Rechtsmittel ausschließt und welcher bestimmt, daß schon das Urteil erster Instanz rechtskräftig sein soll, ist unwirksam. Vgl. Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß S. 137 und nun auch RG. 26. November 1908, Entsch. 70 S. 59;

2. auch wenn im Urteil, dem Antrag entsprechend, auf Ehescheidung erkannt worden ist, kann der Kläger trotzdem ein Rechtsmittel einlegen und die Sache nochmals in Schwebe bringen, um dann auf die Klage zu verzichten, so daß die Ehe bestehen bleibt, Enzyklopädie III S. 355f.

Urteil als unrichtig darstellen und auch bewirken, daß die Vermögensverhältnisse sich so gestalten, wie wenn die Ehe noch bestünde, aber sie kann die Ehescheidung nicht rückgängig machen. Daß allerdings, wenn eine Restitutionsklage im Laufe ist, eine neue Ehe aufgeschoben werden soll (§ 1309), ist begreiflich; aber dem Ehegatten zuzumuten, nachdem er mühsam die Ehescheidung erkämpft hat, noch fünf der schönsten Jahre seines Lebens trostlos zu vertrauern, weil möglicherweise eine Restitutionsklage erhoben werden kann, heißt die höchsten Lebensgüter mißkennen.

2. Man hat allerdings geltend gemacht: Wenn sich etwa im Restitutionsverfahren herausstellen sollte, daß Meineid oder Betrug gespielt hat, dann verdiene der erste Ehegatte mehr Rücksicht als der zweite, der vielleicht von diesem ganzen Ränkespiel Kenntnis hatte. Und man hat daraus geschlossen, daß der erste Ehegatte wiederum in die Stellung einrücken solle, aus der man ihn verdrängt hat.

Eine derartige Argumentation widerspricht jedem gesunden Empfinden. Ja, wenn die Ehe eine Stellung wäre, in die man aus- und einrücken könnte, wie eine Küchenmagd oder wie ein seines Standes enthobener Beamter! Eine Ehefrau aber, die, nachdem sie auf solche Weise aus der Ehe gestoßen worden ist und durch Restitutionsklage die Aufhebung des Ehescheidungsurteils erwirkt hat, noch in das eheliche Haus zurückkehren möchte und nicht den Mann mit der höchsten moralischen Verachtung behandelte, eine Ehefrau, die mit einem derartigen Mörder ihres Glücks noch weiter in Lebensgemeinschaft leben wollte, würde einen solchen Grad von ehrloser Gesinnung beweisen, daß ihr gar keine Rücksicht zu tragen ist. Ein Dreyfuß kann wieder in die Armee einrücken, auch wenn er durch schmähliche Ränke ausgestoßen wurde, eine Frau mit Ehrgefühl kann eine solche Ehe nicht fortsetzen. Daß sie sich gegen den Vorwurf des Ehebruchs durch Wiederaufnahme des Verfahrens reinigt, daß sie eine reiche Entschädigung erlangt[1]), daß sie in das Erziehungsrecht gegenüber den Kindern wieder eingesetzt

[1]) Richtig hat auch das RG. in analogen Fällen auf Entschädigung erkannt, RG. 9. Februar 1911, Entsch. 75 S. 213.

wird, während man dem unwürdigen Ehemann das Erziehungsrecht verweigert, ist ja alles begreiflich; daß sie aber in das Haus des Ehemanns wieder einträte und mit ihm die Lebensgemeinschaft fortsetzte, das wäre geradezu ungeheuerlich.

3. Aber noch mehr, man stellt sich von vornweg auf einen unrichtigen Standpunkt, wenn man bloß den einzelnen Fall erwägt; man muß die Folgen im großen und ganzen in Betracht ziehen. Es ist nicht der einzelne Fall der Restitution, sondern es ist das Damoklesschwert, das fünf Jahre lang über allen geschiedenen Ehen schwebt, welches die ganze Annahme unerträglich macht. Eine geschiedene Ehefrau will zur zweiten Ehe schreiten und der Ehemann verfolgt sie oder ihren Verlobten oder die Eltern mit Drohungen und mit der Inaussichtstellung der Restitutionsklage und zeichnet diesen gar das schwere Verbrechen der Doppelehe an die Wand; zu welchen Erpressungen dies führen kann, bedarf keiner Ausführung. Man möge immerhin sagen, daß derartige Fälle nicht alltäglich wären, aber wer das Leben kennt, weiß, daß man in ehegerichtlichen Sachen auf alles gefaßt sein muß. Eine derartige Lehre verdirbt tausend Ehen und verhindert hunderte. Das sei denjenigen gesagt, welche mit juristischen Formeln hantieren, wie wenn es sich bei der Ehe um den Kauf eines Kleefeldes handelte, während doch die höchsten Lebensinteressen Unzähliger auf dem Spiele stehen!

4. Noch ein weiteres ist zu bedenken:

Die Restitutionsklage böte ein bequemes Mittel, die neue Ehe zu beseitigen, wenn ein Ehegatte wieder in die frühere Ehe zurückfallen möchte. Man setze den Fall: Eine Ehe ist geschieden, ein Ehegatte verheiratet sich wieder und möchte nach einiger Zeit in die erste Ehe zurückkehren. Er veranlaßt nun den anderen Ehegatten erster Ehe, der gleichfalls wieder zur Ehe zurückkehren möchte, aus irgendwelchen an den Haaren herbeigezogenen Gründen eine Restitutionsklage zu erheben, nur zu dem Zwecke, damit der Ehescheidungskläger während des Restitutionsverfahrens auf die Ehescheidungsklage verzichtet. Die Folge wäre, daß das Ehescheidungsurteil wirkungslos würde: die erste Ehe würde noch bestehen,

die zweite wäre nichtig! Ist es doch ein unverbrüchliches Prinzip, daß der Kläger bis zur letzten Entscheidung die Möglichkeit hat, auf die Ehescheidungsklage zu verzichten[1]).

IX. Eine eventuelle Ehekündigung ist in der Art möglich, daß jemand in erster Reihe die Herstellung des ehelichen Lebens, eventuell die Ehescheidung begehrt, letzteres natürlich für den Fall, daß eine Pflicht des Zusammenlebens nicht anerkannt wird[2]).

X. Eine Ehekündigung bringt alle Ehekündigungsgründe zur rechtlichen Geltung: alle können, alle müssen im gleichen Prozeß geltend gemacht, alle können nachgeschoben werden; natürlich handelt es sich hier nicht um eine neue Klage und es bedarf nicht eines neuen Sühnetermins (§ 1572).

XI. Da die Ehe (abgesehen vom Fall der Geisteskrankheit) nur wegen Verschuldung zu lösen ist, so enthält das Ehescheidungsurteil zugleich die Schuldigkeitserklärung; es enthält sie, sofern nicht das Urteil darin abgeschwächt wird, daß auch der Kläger als mitschuldig erklärt wird.

In dieser Beziehung ist zu bemerken:

1. Wollte man das Ehekündigungsrecht vom individualistischen Standpunkte ansehen, so müßte man die Ehescheidungsklage wie einen Pfeil auffassen, den man in das feindliche Lager wirft: hat der andere Teil auch einen Ehescheidungsgrund, so würde der Pfeil abgewendet und beide Ehescheidungsgründe müßten sich aufheben: die Klage wäre abzuweisen.

Es ist ja ein sehr häufiger Fall, daß beide Teile an den Zerwürfnissen, welche zur Ehescheidung führen, schuld sind, entweder in der Art, daß auf beiden Seiten ausgesprochene Ehescheidungsgründe vorliegen, oder auch in der Art, daß an und für sich bloß auf der einen Seite fest begrenzte Gründe gegeben sind, dem anderen Teil aber ein Betragen zur Last fällt, welches den eheverletzenden Teil schwer kränkte und nicht nur im einzelnen Falle einen Ausbruch der Leidenschaft hervorrief, sondern durch ständige

---

[1]) Vgl. Enzyklopädie III S. 355f.

[2]) RG. 16. Oktober 1905 und 16. November 1905, JW. 34 S. 693 und 35 S. 22.

Wiederholung dazu beitrug, die eheliche Zerrüttung zu steigern[1]).

In diesen Fällen eine Kompensation zu gestatten und deshalb die Scheidung für unbegründet zu erklären, wäre sozial widersinnig: eine Ehe in dieser Art fortdauern zu lassen, wäre das schlimmste, was man sich denken kann[2]).

Eine solche Gegenseitigkeit kann auch dann vorliegen, wenn dem einen Teil Ehebruch zur Last fällt[3]): auch hier kann durch Brutalitäten des anderen Teils das Zerwürfnis erhöht werden; möglicherweise sind solche Brutalitäten auch die Veranlassung gewesen, welche den Partner auf Abwege geführt haben. Eine solche Gegenseitigkeit kann sich ja auch in der Art entwickeln, daß die Ehe durch einen Ehegatten stark zerrüttet ist und nun von der anderen Seite eine Erschwerung eintritt: die Zerrüttung ist kein absolutes Maß, das nicht erhöht und gesteigert werden könnte[4]).

2. Die Ehescheidung muß daher in solchem Falle trotzdem als begründet erklärt werden, aber die beiderseitigen Vorwürfe führen zu folgenden Schlüssen:

a) entweder erheben beide Teile Ehescheidungsklagen gegeneinander, sei es selbständig, sei es so, daß der Ehescheidungsklage des einen eine Widerklage entgegengesetzt wird[5]) oder

b) die Vorwürfe der anderen Seite werden nicht zu einer Widerklage verdichtet, aber als Einrede geltend gemacht, natürlich nicht als klageablehnende, aber als klagemindernde Einrede. Dies ist statthaft; bildet doch auch im Fall zu a, wenn beide Teile klagen, jede Klage zugleich das

---

[1]) Dies ist im Gesetz nicht genügend zum Ausdruck gekommen: die Redaktoren kannten die Psychologie zu wenig. Es ist im Gesetz nur der Fall vorgesehen, daß auch der Beklagte die Befugnis der Ehescheidung hat; da aber der § 1568 sehr weit greift, so kann in vielen Fällen gegenseitigen Zerwürfnisses geholfen werden. Vgl. auch RG. 4. November 1909, JW. 39 S. 21.

[2]) Hamburg 27. Mai 1911, M. 24 S. 16.

[3]) RG. 11. April 1906, JW. 35 S. 389, RG. 23. September 1907, JW. 36 S. 674.

[4]) KG. 5. März 1900, M. 1 S. 88.

[5]) Ist die eine Ehescheidungsklage zugestellt, so kann die Klage des anderen nur als Widerklage erhoben werden (§ 616 ZPO.).

Material zu einer Einrede gegen die andere Klage, und in der Gegen- oder Widerklage liegt natürlich zugleich die Geltendmachung einer solchen Einrede.

c) Eine Einrede ist nötig; der Richter soll nicht einfach aus dem Beweismaterial eine solche Urteilsminderung herleiten; aber der Antrag braucht nicht ausdrücklich gestellt zu werden, er kann sich aus dem Verhalten des Beklagten ergeben.

3. Die Folge der Klageminderung aber besteht darin, daß die Scheidung der Ehe unter der Erklärung erfolgt, daß der Kläger mitschuldig, daß also der Beklagte nicht der allein schuldige Teil ist (§ 1574).

4. Übrigens kennt unser Recht nur ein Alleinschuldig und ein Mitschuldig, nicht etwa verschiedene Grade des Verschuldens, nicht ein „Übergewicht der Schuld", wie es das Preußische Landrecht in kleinlicher Weise herausgerechnet hatte (II 1 S. 746).

5. Aus dem Gesagten folgt:

a) Die Mitschuldigerklärung ist eine teilweise Abweisung der Klage, sie führt daher zur Verteilung der Kosten[1]); sie kann in jeder Weise dargetan werden (z. B. durch Eideszuschiebung), wie Minderungs- und Ausschließungsgründe prozessualisch dargetan werden[2]).

b) Es ist eine reformatio in pejus, wenn die eine Instanz auf Ehescheidung erkannt hat mit der Annahme beiderseitiger Schuld, und die andere Instanz dagegen den einen Teil für allein schuldig erklärt.

c) Das Ehescheidungsurteil erledigt die Sache nach allen Seiten hin, also nicht nur in der Frage, ob ein Ehescheidungsgrund vorliegt, sondern auch, ob die Ehescheidungsverhältnisse den einen Teil als den allein schuldigen darstellen. Daher schlägt die Konsumptionsbestimmung des § 616 ZPO. auch hier ein. Es ist, wenn die Ehe in der einen oder anderen Art rechtskräftig geschieden ist, unstatthaft, eine nochmalige Ehescheidung zu begehren unter Anführung neuer Tatsachen,

---

[1]) Karlsruhe 21. Oktober 1911, Bad. R. 1912 S. 27.

[2]) Dresden 12. Juli 1907, M. 15 S. 413, und Naumburg 29. Oktober 1908, M. 18 S. 277.

welche in bezug auf die Schuldfrage eine Änderung herbeiführen könnten[1]). Daher kann auch die Ehe nicht etwa durch Teilurteil geschieden und die Schuldfrage einem neuen Endurteil vorbehalten werden[2]). Ist Klage und Widerklage erhoben, so kann nicht im einen Prozeß kontradiktorisch, im anderen (bei Versäumnis des Klägers) durch Versäumnisurteil erkannt werden, sondern es muß eine gemeinsame kontradiktorische Entscheidung ergehen[3]), mindestens insofern, daß das Vorbringen des anderen Prozesses als Einrede im kontradiktorischen Prozeß zur Geltung kommt.

d) Der klagmindernde Umstand muß auch dann berücksichtigt werden, wenn er erst während des Verfahrens eingetreten ist.

6. Die Erklärung, wer der schuldige Teil ist, soll im Urteil stehen, denn sie gehört mit zur Charakteristik der Ehescheidung; doch muß eine unzweifelhafte Erklärung in Gründen genügen, was allerdings deswegen bedenklich ist, weil die Gründe an der Publikation des Urteils keinen Teil haben[4]).

XII. Für den Fall, daß der eine Teil allein schuldig war, gab das römische Recht und viele späteren Gesetze Strafbestimmungen, vor allem erlitt der schuldige Teil bedeutende Geldbuße. Dies ist heutzutage großenteils weggefallen.

Die Folgen der Schuldigerklärung sind im Gesetze festgesetzt, und es kann nicht etwa der unschuldige Ehegatte noch weiteren Schadenersatz verlangen, sei es mit Rücksicht auf das, was seinem Vermögen durch die Ehescheidung entzogen wird, sei es mit Rücksicht auf die in den Vorkommnissen liegenden Unbilden; abgesehen natürlich von einer Entschädigung für Handlungsweisen, welche ein gewöhnliches Vergehen in sich enthalten[5]) und insofern mit Entschädigungspflicht belastet sind.

---

[1]) LG. Plauen 2. Juli 1909, Sächs. Arch. 5 S. 94.

[2]) RG. 23. April 1906, JW. 35 S. 391, RG. 25. Juni 1914, Warn. 7 S. 374 und Recht XVIII Nr. 2481. Ein Zwischenurteil kann ergehen.

[3]) KG. 3. Mai 1910, M. 21 S. 236.

[4]) Vgl. KG. 30. August 1906, Entsch. f. G. 8 S. 5 (M. 17 S. 267).

[5]) Vgl. RG. 5. Juni 1905, Seuffert 61 Nr. 38, Dresden 7. März 1911, Sächs. Arch. 6 S. 49.

Auch gegen den Ehebrecher gibt es keinen Entschädigungsanspruch aus dem Grund, daß er die Hauseinheit zerstört und das Hauswesen verödet hat[1]).

Als Folgen der Schuldigerklärung sind übriggeblieben:

1. Unterhalts- und Unterstützungspflicht des Schuldigen, wovon später zu sprechen ist.

2. Der unschuldige Teil kann alle Schenkungen des Brautstandes und der Ehe wegen Undanks widerrufen. Einen solchen Widerruf hätte er schon an und für sich, wenn der Grund der Ehescheidung sich als schwerer Undank darstellt, was natürlich nicht immer vorliegt, aber z. B. im Falle des Ehebruchs oder der Lebensnachstellung unbedingt anzunehmen ist. Dann gelten die Grundsätze über den Schenkungswiderruf durchaus, namentlich auch was den Übergang des Rechtes vom Schenker auf den Erben betrifft, falls der Undankbare den Schenker getötet oder am Widerruf gehindert hat, § 530. Der Ehegattenwiderruf aber, § 1584, geht darüber hinaus, und zwar in folgender Weise:

a) Er ist auch statthaft, wenn die Verhältnisse nicht so liegen, daß ein Schenkungswiderruf wegen Undanks begründet wäre.

b) Er ist statthaft ein Jahr nach der Ehescheidung, also auch dann, wenn das Jahr seit der Undankshandlung längst verstrichen ist.

c) Er ist auch statthaft, wenn die Eheschenkung sich als Anstandsschenkung darstellt.

Andererseits geht er nicht auf die Erben des Ehegatten über; sollte allerdings der schuldige Ehegatte den anderen getötet haben, so würde eine Betrachtungsweise eintreten, von der S. 148 zu handeln ist. Im übrigen handelt es sich bei derartigen Schenkungen während der Ehe um eine solche Fülle von Intimitäten, daß man die Sache nicht in die Hände der Erben geben will (§ 1584).

2. Besteht zwischen den Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft, so kann der Erwerb während der Ehe nicht als eine Freigebigkeit betrachtet werden aus Gründen, die

---

[1]) RG. 26. Oktober 1909, Entsch. 72 S. 128.

sich aus der Darstellung der Gütergemeinschaft von selber ergeben. Dagegen kann immerhin dasjenige, was die Ehegatten als ihr voreheliches oder als ihr angeerbtes Vermögen in die Ehegütergemeinschaft eingebracht haben, einer Freigebigkeit gleichgestellt werden: denn es ist ein Vermögenszuwachs, welcher mit der Erwerbstätigkeit der Ehe nicht zusammenhängt und daher nicht der gemeinsamen Wirksamkeit beider Ehegatten zuzuschreiben ist; daher der Grundsatz, daß, wenn durch dieses in die Ehe gefallene Vermögen eine Bereicherung des schuldigen Ehegatten entstanden ist, eine entsprechende Ausgleichung verlangt werden kann: der unschuldige Teil kann begehren, daß der in das Gesamtgut eingebrachte beiderseitige Vermögenswert wieder herausgenommen und einem jeden Ehegatten zurückgegeben wird. Hat der unschuldige Ehemann eine Million eingebracht, die schuldige Frau nichts, so kann der Ehemann die Million aus der Gemeinschaft herausverlangen. Die Ausgleichung gehört zur Gemeinschaftsausgleichung und ist in Verbindung mit den übrigen Ausgleichshandlungen vorzunehmen[1]).

Die Verhältnisse sind also ähnlich wie wenn nur eine Errungenschaftsgemeinschaft bestanden hätte, jedoch mit folgenden Verschiedenheiten:

a) Der unschuldige Ehegatte kann das eingebrachte Vermögen nicht im Stück, sondern nur im Werte herausverlangen.

b) Wenn das Gemeinschaftsvermögen nicht hinreicht, so kann er sogar von dem anderen Ehegatten verlangen, daß er die Hälfte des Ausfalles trägt, eine Bestimmung, welche, namentlich wenn der schuldige Ehegatte durch Unwirtschaftlichkeit den Verderb des Gesamtgutes herbeigeführt hat, eine billige Vergeltung darstellt.

c) Die Bestimmung, daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft das Gesamtgut wegen Delikten der Ehefrau nicht in Anspruch genommen werden darf, gilt nicht, und wenn deshalb eine solche Klage vor der Scheidung erhoben worden

---

[1]) Mit der Ausgleichung ist die Sache erledigt, und weitere Ansprüche sind ausgeschlossen, Hamburg 26. Januar 1903, M. 6 S. 280.

ist, so kann sie mit der Wirkung fortgesetzt werden, daß das Gesamtgut haftet.

d) Bei der Errungenschaftsgemeinschaft gibt es kein Vorbehaltsgut des Mannes, wohl aber bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, und dieses Vorbehaltsgut behält in unserem Fall Vorbehaltscharakter.

3. Hat der eine Ehegatte den anderen vor der Ausgleichung getötet, so muß man den Erben ein ähnliches Ausgleichsrecht gewähren, da es unsittlich wäre, wenn der Mörder die Freigebigkeiten des Gemordeten behalten wollte.

XIII. Die justa causa bewirkt nicht nur ein Ehekündigungsrecht, sondern sie bewirkt auch eine Rechtslage, welche als eine die eigene Ehescheidungslage steigernde oder als eine die Ehescheidungslage des anderen Teils mindernde noch fortbesteht, auch wenn sie infolge von Verzeihung, Verjährung oder prozessualer Konsumption die Ehekündigungskraft eingebüßt hat[1]). Wenn also beide Teile Ehebruch getrieben und die Frau dem Mann den Ehebruch verziehen hat, so kann sie, wenn der Mann nachträglich die Ehescheidung gegen sie begehrt, die klagemindernde Einrede geltend machen, so daß sie nicht als der allein schuldige Teil gilt. Hätte allerdings die Ehefrau erst nach der Verzeihung einen Ehebruch begangen, dann wäre ihr ehewidriges Tun nicht mehr durch eine Einrede gedeckt, denn die Einredelage bezieht sich nur auf ihr Tun vor der Verzeihung (§ 1574)[2]). Es wäre auch ganz besonders schlimm, mit der Sünde dann hervorzutreten, nachdem durch Verzeihung wieder Friede und Eintracht hergestellt worden ist[3]).

II. Aufhebung des Ehekündigungsrechts.

§ 27.

I. Die Ehekündigung ist ein schwerer Akt familienrechtlichen und sozialen Handelns, der zwar manchmal als unentbehrlich erscheint, bei häufigem Gebrauch und bei Miß-

---

1) RG. 9. Dezember 1907, JW. 37 S. 42, RG. 21. Oktober 1911, JW. 41 S. 39.

2) Der Wortlaut des § 1574 ist gekünstelt und unvollkommen, vgl. Gravenhorst, Arch. f. bürg. Recht 18 S. 260.

3) RG. 9. Dezember 1907, JW. 37 S. 42.

brauch aber zur Vergiftung der Verhältnisse und zur Lockerung des Eheinstituts führen muß.

Die Rechtsordnung hat deshalb dahin zu streben, daß ihr Gebrauch sich in möglichst engen Schranken hält. Wie man durch Sühneversuche, Einigungsbemühungen dahin wirken will, daß die ehelichen Zwistigkeiten beglichen und die Ehe festgehalten wird, so hat das Gesetz noch besondere Institute geschaffen, um es möglichst zu verhüten, daß die Erregung der Gemüter zur ehelichen Katastrophe führt.

II. Darum gilt folgendes: Eine Verzeihung soll die Zerwürfnisse ein- und für allemal begleichen; der Ablauf der Zeit soll begütigend wirken, so daß alte Dinge nicht mehr aufgerührt werden dürfen; und kommt es zum Ehescheidungsprozeß, so soll dieser zur vollen Erledigung der Streitpunkte führen, und es soll alles begraben sein, was hier nicht zum Ausbruch gekommen ist.

III. 1. Die Ehekündigung ist an eine relative und eine absolute Frist gebunden; beide Fristen sind Verschweigungsfristen, die vom Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen sind, § 1571. Die relative Frist ist sechs Monate von der Kenntnis an, die absolute ist zehn Jahre vom Scheidungsgrunde an. Die Kenntnis muß eine wirkliche Kenntnis sein; Kennenmüssen genügt nicht[1]), auch Verdachtsgründe sind nicht hinreichend: die Umstände müssen so klargelegt, die Beweise so stichhaltig sein, daß man es einem gewissenhaften Menschen zumuten kann, damit vor Gericht aufzutreten und einen für die ganze Ordnung der Lebensverhältnisse verhängnisvollen Schritt zu tun. Dabei gilt noch eine sehr begreifliche Besonderheit: Sobald die Ehegatten sich häuslich getrennt haben, werden sie häufig das Bedürfnis einer Ehescheidung nicht empfinden. Erst später, wenn die Verhältnisse unerträglich werden oder der eine Teil wieder heiraten will, erweist sich die Scheidung als eine Notwendigkeit: dann ist aber die sechsmonatige Frist oft längst verstrichen. Daher der Grundsatz, daß die Fristen nicht laufen, solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist. Über die Aufforderung, um die

[1]) Hamburg 18. Februar 1905, M. 10 S. 282.

Frist wieder laufen zu lassen, und die weiteren sich daran knüpfenden Umstände ist bereits oben gehandelt worden. Diese Aufforderung ist formlos, sie muß aber dahin gehen, daß der abwesende Ehegatte das häusliche Leben herstellt oder die Scheidungsklage erhebt; eine bloße Klage auf Herstellung der Ehe würde nicht genügen, weil darin der Hinweis auf die Scheidung fehlt[1]). Auf der anderen Seite hat die Aufforderung nicht den Charakter einer Eheherstellungsklage und hat keinen Einfluß auf das Recht des Ehegatten, getrennt zu leben. Eine Aufforderung durch einen Vertreter genügt; der Ehegatte kann aber in gewöhnlicher Weise Vorlegung der Vollmacht verlangen, ansonst die Erklärung zurückgewiesen wird und wirkungslos bleibt[2]).

Der Aufforderung kann unter Umständen eine Einrede entgegenstehen, wovon oben (S. 136) die Rede war. Mit der Aufforderung beginnt die Frist für jeden Ehescheidungsgrund, der vorhanden ist, nicht bloß für den einen in der Aufforderung genannten.

2. Bei dieser Frist gelten die Hemmungserscheinungen wie bei der Verjährung (§§ 203, 206); vor allem tritt die Hemmung ein bei rechtlicher Unmöglichkeit der Geltendmachung: erhebt der eine Ehegatte eine Scheidungsklage, so kann eine Scheidungsklage des anderen Ehegatten nur als Widerklage erhoben werden, und diese ist erst möglich in der ersten mündlichen Verhandlung (§ 616 ZPO.). Daher ist notwendig die Frist von der Klage bis zur ersten Verhandlung aufzuschieben[3]). Dies ist noch aus einem anderen sofort zu erörternden Grunde der Fall.

3. Bemerkenswert ist noch, daß im Falle andauernder Schlechtigkeiten die Frist natürlich erst von der letzten zu zählen ist[4]), daß, wenn die Ehegatten zeitweise getrennt sind und zeitweise wieder zusammenleben, die Frist jeweils von neuem beginnt[5]), und daß die Aufschiebung der Frist

---

[1]) Marienwerder 12. Juli 1909, M. 14 S. 240.

[2]) RG. 29. März 1906, Entsch. 63 S. 113.

[3]) Vgl. RG. 23. März 1903, JZ. 8 S. 297. Vgl. auch oben S. 103.

[4]) Unrichtig RG. 5. März 1908, Entsch. 68 S. 124.

[5]) RG. 23. November 1911, JW. 41 S. 147.

wegen Lösung des Zusammenlebens sich nicht nur auf die sechsmonatige, sondern auch auf die zehnjährige Frist erstreckt[1]).

4. Die Frist wird durch Klageerhebung gewahrt für den in der Klage geltend gemachten Scheidungsgrund und für jeden etwa nachgetragenen Scheidungsgrund (§ 1572); dies muß auch auf die Widerklage ausgedehnt werden (§ 616 ZPO.), nicht nur in dem Sinne, daß durch Erhebung der Widerklage alle in ihr geltend zu machenden Gründe erhalten bleiben, sondern auch in dem Sinne, daß durch Erhebung der Hauptklage die Befugnis des Gegners gewahrt wird, alle Kündigungsgründe zu bringen, welche den Gegenstand der Widerklage bilden können[2]).

IV. Das Ehekündigungsrecht wird aufgehoben durch **Verzeihung.**

1. Die Verzeihung ist ein einseitiger ethischer Akt, worin der Gekränkte dem anderen Ehegatten oder auch Dritten gegenüber ernstlich und unzweideutig zum Ausdruck bringt, daß er nicht nur das durch die Kränkung erregte Vergeltungsgefühl zurückdrängt, sondern auch einer wohlwollenden freundlichen Gesinnung Raum gibt. Sie kann auch erfolgen, wenn das Verhalten des anderen Teiles unverzeihlich ist, auch wenn er seine Verfehlung nicht anerkennt[3]), auch wenn er die Verzeihung nicht annimmt. Die Verzeihung ist kein Vertrag, sie ist überhaupt kein Rechtsgeschäft[4]); die Grundsätze über Rechtsgeschäfte finden keine Anwendung: Zwang, Betrug, Irrtum, Geschäftsunfähigkeit kommen nur insofern in Betracht, als hierdurch die Realität des ethischen Handelns in Frage gestellt wird. Die Mentalreservation würde regelmäßig der Ehrlichkeit widersprechen und kann darum nicht angerufen werden[5]).

---

[1]) RG. 26. Mai 1910, JW. 39 S. 707; Naumburg 25. Mai 1909, M. 21 S. 239.

[2]) In letzter Beziehung ist das RG. anderer Meinung, 14. März 1904, Entsch. 57 S. 192, aber in Widerspruch mit dem gesunden Gedanken der prozessualen Gesamtentwicklung.

[3]) Hamburg 8. März 1911, M. 24 S. 17.

[4]) Vgl. Enzyklopädie II S. 27 u. 190.

[5]) RG. 18. Juni 1896, Entsch. 37 S. 346.

2. Die Verzeihung bezieht sich natürlich nur auf diejenigen Vorgänge, welche der Verzeihende kennt[1]), und nur in der Beleuchtung, in welcher er sie zur Zeit der Verzeihung erkennt. Sollten sie vielleicht nach dem, was sich später herausstellt, einen ganz anderen Charakter haben, so würde die Verzeihung den Vorgang nicht decken, wenn die Handlungsweise sich hiernach als eine für das Verzeihungsempfinden wesentlich verschiedene erweisen würde[2]). Eine bedingte Verzeihung, z. B. eine Verzeihung für den Fall der Nichtwiederholung, ist wie eine unbedingte Verzeihung zu betrachten, an die sich eine Hoffnung anknüpft[3]); dagegen wäre eine Verzeihung, die an irgendeine Vergütung oder Entgeltung geknüpft wäre, als dem Wesen der Ehe widersprechend, unsittlich und nichtig; ein Opfer zu wohltätigen Zwecken wäre allerdings nicht ausgeschlossen.

3. Die Verzeihung kann bei jedem Verschuldungsgrund vorkommen[4]) und in jedem Stadium erfolgen, auch noch während des Prozesses[5]).

4. Die Verzeihung ist nicht etwa als Verzicht auf die Scheidungsklage anzusehen. Ein Verzicht, der keine Verzeihung enthält, ist unwirksam, z. B. eine Erklärung, keine Ehescheidungsklage erheben zu wollen, aber sich von dem Ehegatten zu trennen und getrennt zu leben: dies wäre nicht nur keine Verzeihung, sondern würde auch zu Zuständen führen, die dem öffentlichen Interesse wenig entsprächen; denn das öffentliche Interesse strebt nach endgültigen Zuständen.

5. Die Verzeihung kann stillschweigend erfolgen: in der Begattung liegt regelmäßig eine Verzeihung[6]), abgesehen von Fällen seelischer Benommenheit, von Fällen der Über-

---

[1]) Oberstes LG. Bayern 13. März 1886, Seuff. 41 Nr. 192, RG. 28. März 1888, Seuff. 44 Nr. 26.

[2]) Bamberg 14. Mai 1904, Mugd. 10 S. 280.

[3]) Vgl. RG. 3. Oktober 1899, Seuff. 55 Nr. 78, Hamburg 26. Oktober 1905, Mugd. 12 S. 310.

[4]) Z. B. auch bei böslicher Verlassung, Hamburg 27. Januar 1913, M. 26 S. 230.

[5]) RG. 4. Oktober 1894, Entsch. 34 S. 189.

[6]) OLG. Stuttgart 24. Oktober 1884, Seuff. 41 Nr. 113, Hamburg 26. Oktober 1905, Mugd. 12 S. 317, Hamburg 10. März 1903, Mugd. 7

steigerung der animalischen Empfindung oder von Fällen der Furcht und Einschüchterung[1]); denn eine solche Hingabe des ganzen Wesens unter Ablehnung der Verzeihung wäre meist eine so große Gemeinheit, daß kein Ehegatte sich darauf berufen soll. Einzelne Zärtlichkeiten sind noch keine Verzeihung, noch weniger Briefe mit den üblichen artigen Wendungen[2]).

V. Der Ehescheidungsprozeß konsumiert alle die Ehescheidung begründenden Tatsachen, auf welche Klage, Widerklage oder Einrede gebaut werden konnte. Was nicht vorgebracht wird, verliert seine ehekündigende Kraft (§ 616 ZPO.).

VI. Daß Tatsachen, welche ihre ehekündigende Kraft verloren haben, noch eine geminderte Funktion haben können, ist oben S. 148 erwähnt[3]).

III. Ehekündigungsgründe.

§ 28.

I. 1. Das alte Recht kannte eine bestimmte Anzahl sogenannter absoluter Ehescheidungsgründe, vor allem Ehebruch, sodann Desertion und Sävitien. Mit letzteren betrat man bereits das Gebiet der Relativität, so daß man genötigt war, die Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen.

Unsere Gesetzgebung hätte einfach die Bestimmung geben sollen: Die Ehescheidung ist gestattet, wenn zwischen beiden Ehegatten, sei es unter sich oder im Verhältnis zur Öffentlichkeit, so schwere Unstimmigkeiten eingetreten sind, daß eine sittliche Fortsetzung der Ehe nicht zu erwarten steht oder doch dem einen Ehegatten ein Zusammenleben mit dem anderen nicht zugemutet werden kann. Aber weder das deutsche noch das Schweizer Gesetz hat sich darauf beschränkt; man glaubte immer noch das alte System der einzelnen Gründe aufrechterhalten zu müssen.

S. 107 (vor allem, wenn sich der eine Teil zu diesem Zwecke in die Behausung des anderen begibt).

[1]) RG. 18. Juni 1886, Seuff. 42 Nr. 123, und 10. Dezember 1906, JW. 36 S. 79. So heißt es Hamburg 7. März 1906, M. 12 S. 317, die Begattung sei nicht „rein mechanisch" als Verzeihung zu betrachten.

[2]) Breslau 15. Juni 1911, M. 24 S. 17.

[3]) Daher auch geringere Verfehlungen, die mit anderen zusammenwirken, RG. 29. Oktober 1911, Recht 16 Nr. 1907.

II. 1. So wurde zunächst der Ehebruch als Ehescheidungsgrund behandelt (§ 1565): Ehebruch im Sinne einer naturgemäßen freiwilligen und in zurechnungsfähigem Zustand erfolgten Begattung. Gleichgestellt ist die Doppelehe, auch wenn es noch nicht zur Begattung gelangt ist, und die widernatürliche Unzucht, soweit sie unter das Strafgesetz fällt (§ 1565), aber auch nur so weit.

2. Aber auch hier hat man sich genötigt gesehen, die absolute Schärfe zu dämpfen und dem Ehescheidungsgrund die unbedingte Bedeutung zu nehmen: der Ehebruch ist kein Kündigungsgrund mehr, wenn der andere Ehegatte einem derartigen Tun zugestimmt hat — sogenanntes dreieckiges Verhältnis! Die Zustimmung kann auch stillschweigend erfolgen, und damit ist ein weites Gebiet individueller Berücksichtigung eröffnet. Wenn also z. B. die Frau sich darein findet und es gewähren läßt, daß der Ehemann eine Geliebte hat, so ist damit ihr Ehescheidungsrecht verloren; allerdings ist nicht jedes Wissen schon Einverständnis[1]).

Eine solche Gestattung kann allgemein oder für den einzelnen Fall stattfinden[2]); sie braucht, auch wenn sie von dem Mann erfolgt, nicht in Kuppelei überzugehen; sie ist etwas tatsächliches, dem Sittlichkeitsleben angehöriges, was dem ehebrecherischen Tun einen Teil seines verletzenden Charakters nimmt; sie ist nichts rechtliches und stellt keinen Vertrag dar, an den der duldende Teil gebunden wäre, kann also jederzeit widerrufen werden[3]).

3. Aber man sollte auch noch weiter gehen und nicht jeden Fehltritt und jede solche Überreizung der Sinne ohne weiteres als Ehescheidungsgrund behandeln, so z. B. wenn der eine Ehegatte dem anderen durch die Art seines Verhaltens Anlaß zu Verirrungen gegeben hat: namentlich wenn er es darauf ablegte, durch Entziehen jeden Umganges den anderen auf verderbliche Abwege zu locken, und ihn sogar

---

[1]) RG. 10. November 1902, JW. 32 B. Nr. 25.

[2]) RG. 10. Dezember 1903, JW. 33 S. 63.

[3]) 13. April 1908, JW. 37 S. 336, Celle 28. Januar 1903, M. 7 S. 103.

mit Spionen umstellte[1]). Man sollte die Ehescheidung auf den Fall beschränken, daß der Ehebruch eine Hingabe des ganzen Selbst an die Wesenheit eines anderen, und damit eine völlige Entfremdung vom Ehegatten enthält, wozu allerdings bei der Frau noch die Unsicherheit der Vaterschaft hinzutritt und das Verbrechen gegen die eigenen Kinder, denen sie den Vater nimmt und das Familienleben vergiftet: darum haben die älteren Gesetze richtig getan, wenn sie den Ehebruch der Frau schwerer beurteilten als den des Ehemannes, und nur eine pseudomoralisierende Gleichstellung kann diesen Unterschied übersehen.

4. Über den Beweis des Ehebruchs gelten die gewöhnlichen Regeln des Eheprozesses[2]).

III. Die Lebensnachstellung ist eine so schwere Verfehlung, daß sie auch von allgemeiner Betrachtungsweise aus regelmäßig zur Ehescheidung führen würde (§ 1566), sei es, daß der Ehegatte Täter, Mittäter oder Gehilfe ist. Aber auch hier ist vieles relativ; es bedarf nicht eines strafrechtlichen Versuches, es genügen ernsthafte Vorbereitungshandlungen, insbesondere ernstliche Verabredungen und eine ernstliche Fassung eines Planes[3]); und ob ein untauglicher Versuch genügt, ist von den Umständen abhängig: wenn eine Frau inständig betet, daß ihr Mann bald sterben soll, so wird man darüber hinwegsehen können, doch aber kaum, wenn sie etwa mit einer Wahrsagerin einen Hokuspokus verabredet und nun äußerliche Maßregeln trifft, von denen sie Erfolg hofft. Auch Rücktritt vom Versuch löscht die Tat eherechtlich nicht[4]): Dinge, die für das Strafrecht nicht bedeutungsvoll genug sind, können für das Eherecht unverzeihlich werden. Daß übrigens die etwaige Notwehrtat eine berechtigte ist und den Täter nicht belastet, bedarf keiner

---

[1]) RG. 14. Mai 1914, Recht 18 Nr. 2473. Allerdings kann in solchem Tun noch keine Zustimmung zum Ehebruch gefunden werden, Dresden 28. Dezember 1901, M. 7 S. 103.

[2]) Er kann sich ergeben aus Geschlechtskrankheit, und diese kann wieder daraus entnommen werden, daß der Ehegatte sich vom anderen fernhält, es verweigert, sich untersuchen zu lassen usw. RG. 16. November 1911, JW. 41 S. 75.

[3]) Stuttgart 5. Mai 1908, M. 18 S. 271.

[4]) Dresden 29. Mai 1908, M. 18 S. 271.

Ausführung[1]); bei einer bloßen Notstandshandlung, wenn etwa der Mann die Frau opfern will, um sein Leben zu retten, werden die Umstände des Falles entscheiden: die Notstandshandlung ist zwar auch eine berechtigte[2]), aber nur eine berechtigte gegen Entschädigung, und diese Entschädigung drückt sich hier in der Möglichkeit aus, die Fortsetzung der Ehe zu verweigern.

IV. Eine Scheidung durch gemeinsames Einverständnis hat außerordentlich große Vorteile, die seinerzeit Napoleon bei Beratung des Code civil in beredter Weise dargelegt hat. Man erspart sich einmal die skandalöse Notwendigkeit, die Häßlichkeiten eines zerrütteten Ehelebens dem Gerichte zu unterbreiten, sodann wird in Fällen, in welchen die Ehescheidung ex justa causa ein soziales Bedürfnis ist, die prozessuale Abwicklung bedeutend erleichtert. Außerdem gibt es eine Menge von Imponderabilien, welche so schwer in das Eheleben einwirken, daß eine Ehescheidung als dringend geboten erscheint, obgleich es nicht leicht ist, einem Dritten von all den individuellen Leiden, welche das eheliche Leben durchziehen und durchfurchen, einen richtigen Begriff zu geben, so daß auch eine verständnisvolle richterliche Prüfung nicht jedes Rätsel lösen und nicht in alle Falten des Familienlebens hineinzublicken vermag.

Eine solche Scheidung in gemeinsamem Einverständnis hat nun unsere Gesetzgebung nicht direkt aufgenommen, aber das Leben hat sich die Wege gebahnt und die Ehekündigung wegen „Desertion“ so gestaltet, daß sie einer Ehescheidung kraft Einverständnisses gleichkommt (§ 1567).

Eine Desertionsscheidung verlangt eine einjährige bösliche Verfremdung, entweder in der Art, daß der getrennte Ehegatte an unbekannten Orten oder in einem Lande weilt, in welchem ihn keine Zustellung erreichen kann, so daß eine öffentliche Zustellung an ihn erfolgen muß; diese Art der Desertion führt aber zu unsicheren Ergebnissen, denn sobald der Aufenthalt bekannt wird, hört das Desertionsverhältnis auf[3]). Darum pflegt man einen anderen Weg zu wählen:

---

[1]) RG. 12. März 1903, JW. 32 B Nr. 125.

[2]) Vgl. oben I S. 220f.

[3]) Vgl. den Fall Karlsruhe 14. Juli 1909, Bad. R. 1910 S. 13.

die Verfremdung wird durch einen besonderen Umstand verschärft: man verklagt den wegziehenden Ehegatten auf Herstellung des ehelichen Lebens, und wenn er hierzu rechtskräftig verurteilt worden ist und dann nachher noch ein Jahr abwesend bleibt, so gilt dies als Desertion auch dann, wenn sein Aufenthalt bekannt war (§ 1567). Für die Verfremdung gelten die obigen Grundsätze; sie braucht durchaus nicht eine Abwesenheit in fernen Welten zu sein: es genügt der Aufenthalt in derselben Stadt; ja sogar den Aufenthalt im nämlichen Hause hat man als genügend erachtet, sofern nur die Häuslichkeit völlig getrennt ist[1]).

In den schwersten Fällen der Desertion wäre ja schon die Ehescheidung kraft § 1568 möglich, allein die Desertionsbestimmung hat die geschichtliche Bedeutung, daß sie eine Ehescheidung kraft gemeinsamer Übereinstimmung bemäntelt, und in dieser Funktion hat sie einen guten sozialen Sinn.

Die Fassung des Gesetzes entspricht allerdings dieser Behandlungsweise nicht. Das Gesetz geht davon aus, daß das Verlassen ein böswilliges ist und ein böswilliges bleibt von Anfang bis zu Ende, und es ist daher eine Umbiegung des Instituts, wenn man es dahin gestaltet, daß sich der Gedanke der Böswilligkeit immer mehr verflüchtigt und an Stelle der subjektiven Böswilligkeit eine Art objektiver Böswilligkeit tritt. Dies ist aber der Zug unseres Rechts: eine solche objektive Böswilligkeit liegt schon dann vor, wenn das Fernbleiben des Ehegatten eine wirkliche Verfremdung, nicht eine bloße örtliche Abwesenheit ist, wenn also der eine Ehegatte die Verbindung mit dem anderen völlig abgeschnitten hat.

Dieser Zug des Rechtes aber, welcher indirekt zu einer Ehescheidung kraft gemeinsamen Einverständnisses führt, ist durchaus zu befördern. Die Praxis ist in gut bürgerlicher Weise manchmal noch bestrebt, einer derartigen Umwandlung des Instituts entgegenzutreten[2]). Man will sogar, daß die

---

[1]) Karlsruhe 17. Oktober 1900, Z. franz. Civ.-R. 32 S. 92.

[2]) Vgl. darüber die sorgfältigen Ausführungen von **Müser**, Bedeutung der Ehescheidungsgründe (1913) S. 37f.

Eheherstellungsklage in der aufrichtigen Absicht erfolgt, den anderen Ehegatten zur Rückkehr zu veranlassen[1]). Im übrigen verlangt man 1. eine wirkliche bösliche Verfremdung und schließt nicht nur den Fall aus, daß der Ehegatte infolge von Gesundheitsgründen abwesend ist[2]), man erklärt vielmehr:

a) Die Böswilligkeit fehle, wenn der Ehegatte in Übereinstimmung mit dem Willen des anderen Ehegatten sich verfremdet hat[3]).

b) Sie fehle auch dann, wenn auf seiten des zurückbleibenden Ehegatten ein Ehescheidungsgrund vorliege[4]). Ja man erklärt den guten Glauben des Abwesenden, daß ein solcher Fall vorliege, als genügend, um die Böswilligkeit auszuschließen[5]).

2. Man verlangt ferner, daß die Verfremdung zu einer vollständigen Sorglosigkeit gegenüber dem ehelichen

---

[1]) Wobei man allerdings die auf Ehescheidung abzielende Nebenabsicht noch mitunterlaufen läßt, vgl. Celle 8. Dezember 1905, M. 12 S. 315, Hamburg 7. Februar 1908, M. 16 S. 217. Vgl. Note 3.

[2]) Z. B. auch wegen Ortsscheu, krankhafter Energielosigkeit, RG. 20. November 1902, JW. 32 B Nr. 26. Anders ist es jedenfalls bei militärischer Desertion und Verbrechensflüchtigkeit: diese entschuldigen natürlich die Abwesenheit nicht.

[3]) Z. B. wenn im Eheherstellungsprozeß der Kläger nicht während des ganzen Verfahrens die ernstliche Absicht hatte, die Ehe wieder herzustellen, Breslau 9. November 1908, M. 18 S. 272, vgl. auch S. 27f. Doch verlangt man nicht den Nachweis, daß der Kläger besondere Bemühungen angewendet hat, um den anderen zur Rückkehr zu veranlassen, KG. 6. November 1902, M. 5 S. 401. Auch betrachtet man es nicht als Ausschließungsgrund, wenn der Herstellungskläger zwar zunächst die Herstellung will, aber nicht auf Herstellung hofft und für diesen Fall die Ehescheidung erstrebt, Celle 8. Dezember 1905, M. 12 S. 315. Vgl. Note 1.

[4]) So in dem häufigen Fall: der zurückbleibende Ehegatte knüpft ein Liebesverhältnis an; man sollte meinen, daß in solchem Falle die Scheidung am dringendsten wäre (wobei natürlich der zurückbleibende Ehegatte mindestens als mitschuldig gelten muß); aber gerade hier soll die Ehescheidung versagen, Hamburg 22. April 1910, M. 21 S. 237. Andererseits hat man entschieden, daß die Frage, ob der Verlassende gerechtfertigte Gründe habe, nicht von Amts wegen zu prüfen sei, OLG. Hamburg 14. Juli 1902, M. 7 S. 104.

[5]) RG. 12. Januar 1911, JW. 40 S. 281, Jena 29. Januar 1900, M. 1 S. 91, vgl. aber auch RG. 15. Oktober 1897, Entsch. 40 S. 161.

Hause geführt hat, und eine Verfremdung nicht genüge, wenn der Ehegatte das eine oder andere Mal in briefliche Korrespondenz tritt oder sich um die Kinder und die Haushaltungssachen bekümmert.

Alles dieses zeigt, daß man auf falschem Wege ist: man wirkt dahin, die natürliche Entwicklung des Instituts zu hemmen; die Folge ist, daß gerade in den Fällen, wo die Desertion den Zweck hat, schwerwiegende eheliche Zerrüttungen auf einfachem Wege zur Lösung zu bringen, dies verhindert wird. Dies ist aber nicht im Interesse der Kultur und der Sittlichkeit.

V. 1. Die eigentliche moderne Ehescheidungsbestimmung des BGB. ist der berühmte § 1568; man kann seinen Inhalt dahin zusammendrängen: eine Ehescheidung ist gestattet im Fall der Mißhandlung oder im Falle eines entehrenden Verhaltens. Beide Gründe stehen nebeneinander, im ersteren handelt es sich um eine Betätigung gegenüber dem Ehegatten, im anderen um eine Betätigung nach außen.

2. Die körperliche Mißhandlung wird regelmäßig ein Ehescheidungsgrund sein, sofern sie absichtlich erfolgt und nicht durch Notwehr gerechtfertigt ist; dagegen eine Realinjurie, bei welcher die körperliche Unbehaglichkeit gegenüber der Verachtungsbezeugung zurücktritt, fällt unter die Regeln der geistigen Mißhandlung. Auch eine Übertreibung der geschlechtlichen Anforderungen kann sich als Mißhandlung darstellen, wenn sie rücksichtslos und gesundheitszerstörend ist[1]), ebenso eine brutale Erzwingung der Begattung[2]), oder eine Begattung von seiten eines mit ansteckender Krankheit behafteten Ehegatten[3]). Umgekehrt kann eine fortgesetzte Verweigerung der Begattung als Mißhandlung gelten, sofern sie nicht durch krankhafte Zustände entschuldigt wird[4]). Daß die Mißhandlung eine Gesundheitsgefährdung zur Folge hat, ist nicht erforderlich; man kann

---

[1]) Vgl. OLG. München 28. März 1911, Seuff. 67 Nr. 27.

[2]) Dresden 30. November 1906, Mugd. XIV S. 240.

[3]) Vgl. RG. 29. November 1906, JW. 36 S. 48, RG. 30. April 1914, Recht 18 nr. 2477, Dresden 4. Mai 1906, Mugd. 14 S. 239.

[4]) RG. 8. Oktober 1908 und 8. Oktober 1910, JW. 37 S. 683 und 39 S. 1005, Hamburg 27. September 1910, Mugd. 21 S. 238.

auch jemanden mißhandeln, der sich einer robusten Gesundheit erfreut[1]).

3. In gebildeten Kreisen ist von viel größerer Bedeutung die geistige Mißhandlung, namentlich die Herabwürdigung durch Schimpfworte, durch Keifen und durch verächtliche Behandlung; auch Drohungen, wenn auch leerer Art, gehören hierher[2]). Hierbei muß allerdings berücksichtigt werden, daß die Ehegatten in allen Lebenslagen und allen Stimmungen einander gegenübertreten und jeder seine innersten Gefühle, die er sonst vor der Welt verschließt, dem anderen gegenüber zu äußern pflegt. Daher kann nicht jede kräftige Aussprache mit einschlägigen Kernworten und nicht jeder Ausfluß einer gereizten Stimmung zur Ehescheidung führen; wohl aber ein ständiges übelwollendes Verhalten, welches beweist, daß der Ehegatte nicht geneigt ist, sich Zügel anzulegen und es nicht für nötig hält, sich im Lebensverkehr zu mäßigen.

Hierbei gilt folgendes:

a) Bei der geistigen Mißhandlung muß jeweils der ganze Vorgang in Betracht gezogen und müssen alle Umstände in Erwägung genommen werden; nichts wäre unrichtiger, als wenn der Richter nur einzelne Ausdrücke und Ausbrüche der Leidenschaft auf die Wagschale legte. Hat der eine Teil dem anderen durch einen Agent provocateur eine beleidigende Äußerung herausgelockt, so muß diese Äußerung außer Rücksicht bleiben: die Gemeinheit muß sich eine Gemeinheit gefallen lassen[3]). Bei Äußerungen in Prozeßschriften muß die gereizte Stimmung in Anrechnung kommen; prinzipiell sind sie nicht auszunehmen.

b) Es kommt insbesondere auch darauf an, wie sich der andere Teil verhalten hat. Man denke an einen Zornesausbruch, nachdem man den anderen Teil in einer kompromittierenden Lage angetroffen hat. Auch bei brieflichen Äußerungen ist eine vorherige Reizung nicht bedeutungslos[4]). Soweit es sich allerdings nicht um ein einzelnes gegen-

---

[1]) RG. 9. Oktober 1900, Entsch. 47 S. 31.

[2]) Dresden 30. November 1906, M. 14 S. 240.

[3]) Karlsruhe 14. November 1905, M. 12 S. 316.

[4]) RG. 28. September 1912, Recht 16 nr. 3213.

seitiges Aufflackern der Leidenschaft, sondern um dauernde Reibungen handelt, welche das Zerwürfnis hervorrufen oder steigern, kommt dasjenige in Betracht, was oben (S. 142) entwickelt worden ist.

c) Sodann sind auch die begleitenden Umstände wesentlich: so muß eine Beschimpfung vor Dritten, vor dem Gesinde, vor Dienstboten besonders schwer wiegen[1]).

d) Bei der geistigen Mißhandlung ist noch besonders zu berücksichtigen, daß hierbei die subjektive Empfindung des vielleicht sehr sensitiv angelegten beleidigten Ehegatten nur insoweit entscheidend sein kann, als

α) nach allgemeinen menschlichen Verhältnissen und nach den Sonderverhältnissen des anderen Ehegatten dieser verpflichtet war, darauf Rücksicht zu nehmen und

β) auch der sensitive Ehegatte sich klarmachen muß, daß die Ehe kein Kinderspiel ist, sondern ein Verhältnis mit Rechten und Pflichten[2]).

e) Langjähriges Ertragen von Unbilden ist kein Hindernis, wegen neuer Unbilden Scheidung zu verlangen, es müßte denn sein, daß die langjährige Zurückhaltung sich als Empfindungslosigkeit und Gleichgültigkeit gegen seelische Ausbrüche darstellt oder wenigstens den Anschein erweckt, so daß der andere Ehegatte sich der Schwere der Kränkung nicht mehr bewußt ist[3]).

4. Eine geistige Mißhandlung kann indirekt vorliegen, wenn der Ehegatte das Hauswesen und die Kindererziehung vollkommen vernachlässigt, namentlich wenn die Ehefrau ihre Hausfrauenpflichten völlig im Stiche läßt. Dies kann eine so schwere Rücksichtslosigkeit und eine so tadelnswerte Unempfindlichkeit gegenüber dem Wohl und Bedarf des anderen Ehegatten enthalten, daß es als Mißhandlung gelten

[1]) Über alle diese Dinge vergleiche man RG. 17. Januar 1907, JW. 36 S. 142, RG. 10. Dezember 1903, JW. 33 S. 63, 17. März 1904, JW. 33 S. 204, 26. November 1906, JW. 36 S. 49, 27. November 1911, JW. 41 S. 146, 29. November 1911, Els.-Lothr. 37 S. 268, 11. Januar 1913, JW. 42 S. 379, 21. April 1913, Recht 17 Nr. 2098, 19. Juni 1913, Recht 17 Nr. 2426, 18. Mai 1914, Recht 18 Nr. 2478.

[2]) Vgl. RG. 5. Oktober 1905, JW. 34 S. 693, RG. 25. September 1911, JW. 40 S. 944.

[3]) RG. 16. Februar 1911, Warn. 4 Nr. 248.

kann; allerdings muß eine sehr starke fortdauernde Vernachlässigung[1]) oder auch eine sinnlose Verschwendung und Liederlichkeit[2]) vorliegen; zeitweiliges Fernbleiben vom ehelichen Hause würde an sich nicht genügen[3]); mehr noch gilt dies von Trunkhaftigkeit und dem damit verbundenen unmenschlichen Gebaren[4]). Dagegen kann allerdings ein längeres Fernbleiben kraft § 1568 in Betracht kommen, auch wenn die Voraussetzungen des § 1567 nicht gegeben sind[5]). Umgekehrt kann auch ein tadelnswertes Sicheinmischen in die Angelegenheit und Wirtschaft des Mannes, wodurch die Einheit der Lenkung gefährdet würde, mit ein Grund des Zerwürfnisses sein[6]).

5. Viel schwerer ist die geistige Mißhandlung im Falle einer Denunziation und Strafanzeige. Natürlich kommt auch hier viel auf die Umstände an; wenn die Frau die ihr zugefügte Unbill anzeigt, so wird sich dies oft als Akt der Verzweiflung und Notwehr darstellen; wenn sie aber den Mann wegen eines externen Aktes anzeigt, so wird dies regelmäßig unentschuldbar sein[7]), abgesehen von dem Fall, daß sehr starke Gründe für die Strafanzeige sprechen und der anzeigende Ehegatte sich im Gewissensskrupel befindet, z. B. wenn es sich darum handelt, einen Unschuldigen zu retten[8]). Auch schon der Vorwurf des Meineides ist eine furchtbare Beleidigung[9]).

Ähnlich auch die Erhebung eines Ehescheidungsprozesses und die Erwirkung eines Ehescheidungsurteils im Ausland, auch wenn der Prozeß als solcher die deutsche Ehe

[1]) RG. 24. April 1911, JW. 40 S. 589, 25. Januar 1912, JW. 41 S. 252, RG. 30. November 1911, Els.-Lothr. 37 S. 265.

[2]) Cassel 7. Januar 1907, M. 14 S. 240.

[3]) Hamburg 8. Mai 1903, Mugd. 7 S. 105.

[4]) Cassel 7. Januar 1907, M. 14 S. 240. Es braucht keine unverbesserliche Trunksucht zu sein, RG. 27. Juni 1904, JW. 33 S. 473.

[5]) RG. 7. April 1910, JW. 39 S. 581. Unrichtig Breslau 7. Mai 1900, M. 1 S. 11.

[6]) RG. 27. Juni 1912, JW. 41 S. 912.

[7]) Z. B. eine Meineidsanzeige, RG. 9. Juni 1913, JW. 42 S. 990.

[8]) Vgl. RG. 11. Dezember 1910 und 25. März 1911, JW. 40 S. 154 und 488.

[9]) RG. 3. Oktober 1910, JW. 39 S. 1005.

nicht berührt: die ausländische Betätigung des Ehegatten kann in Deutschland einen Ehescheidungsgrund bilden[1]). Dagegen kann die Detektivbeobachtung, wenn sie die üblichen Grenzen nicht überschreitet und nicht gerade belästigend wird, nicht als zerrüttendes Moment gelten: oftmals ist dadurch die Unschuld erwiesen und die zehrende Eifersucht beseitigt worden[2]).

6. Die geistige wie die leibliche Mißhandlung ist eine vollendete Tatsache; das Anerbieten, sie in Zukunft zu vermeiden, z. B. dem Ehegatten den Geschlechtsverkehr nunmehr zu gestatten, kann das einmal Geschehene nicht aufheben[3]).

7. Ob eine Tätigkeit eines Ehegatten durch Geistesverwirrung zu entschuldigen ist, ist Tatfrage; wird die Frage erhoben, so darf sie nicht ohne weiteres abgelehnt werden[4]). Beruhten die Handlungen zuerst auf Verschuldung, dann auf Geisteskrankheit, so ist die sechsmonatige Frist von dem letzten Moment der „geistesgesunden" Verletzung zu rechnen[5]).

8. Der bloße Unterschied in der Lebensauffassung und im Charakter ist noch kein Ehescheidungsgrund. Dies gilt insbesondere auch in religiöser Beziehung, und daher ist z. B. Frömmelei der Frau kein Grund zur Ehescheidung, wenn sie auch dem anderen Ehegatten lästig sein sollte[6]). Ebenso ist es mit der Freigeisterei des Ehemannes.

Anders wäre es natürlich, wenn aus diesen objektiven Unterschieden eine subjektive Mißhandlung hervorginge, wenn der eine Teil dem anderen seinen Standpunkt in häßlicher verletzender Weise vorkehrte oder durch ständiges proselytenhaftes Zusetzen seine Ruhe störte und seinen Frieden untergrübe; vgl. oben S. 161.

Anders auch, wenn die Ehegatten vereinbart haben, nach der Ziviltrauung die kirchliche Trauung eintreten zu lassen;

---

1) RG. 5. Februar 1906, JW. 35 S. 167.

2) RG. 3. Oktober 1912 und 15. Januar 1912, JW. 41 S. 1108 und 352.

3) RG. 2. Februar 1897, Entsch. 38 S. 218.

4) RG. 5. November 1910, JW. 40 S. 99.

5) RG. 5. März 1908, Entsch. 68 S. 124.

6) Vgl. RG. 20. Oktober 1910, JW. 40 S. 48.

eine solche Vereinbarung ist vielfach nach den Umständen anzunehmen. Hier kann das Verlangen der Ehefortsetzung unter Verweigerung der kirchlichen Trauung eine geistige Mißhandlung sein, weil sie den anderen Ehegatten in einen unerhörten Gewissenskonflikt bringt[1]). Vgl. S. 60 und 82.

9. Ein geistiger Verkehr mit anderen Personen desselben oder anderen Geschlechts ist niemals eine Mißhandlung, wenn er in richtigen Grenzen bleibt, auch dann nicht, wenn er sich wegen übermäßiger Eifersüchtelei verbergen muß. Gewisse äußerliche Zurückhaltung, um Verdacht und Beunruhigung fernzuhalten, kann man allerdings, namentlich von der Frau, verlangen. Anders wäre es, wenn es zu intimeren sexuellen Betätigungen käme: diese könnten als geistige Mißhandlung einen Ehescheidungsgrund bilden, auch wenn sie nicht bis zum Ehebruch gelangt sind. Ein Eheversprechen gegenüber einem Dritten in solchem Falle wäre allerdings regelmäßig ein Anzeichen, daß die Verbindung die richtigen Grenzen überschritten hat[2]). Duldung eines solchen Liebesverkehrs nimmt auch hier dem Tun den schwer verletzenden Charakter, auch wenn der schuldige Ehegatte diese Duldung nicht kennt[3]). Dagegen gibt es auch hier keine Kompensation[4]).

VI. Ein entehrendes Handeln ist nicht etwa nach den vielleicht ganz einseitigen Anschauungen der einen oder anderen Volkskreise zu beurteilen; denn darüber hat sich das Recht hinauszuheben. Wenn eine Frau ihren Mann als entehrt betrachtet, falls er ein Duell verweigert, so hat sie kein Ehescheidungsrecht; ebensowenig wenn eine bestimmte Volksklasse es als entehrend ansieht, daß jemand zu einer anderen Religion übergeht oder mit Arbeitern verkehrt[5]). Daß dagegen die Ergreifung eines schimpflichen Gewerbes, wie Kuppelei, Beihälterei, Herumtreiben in Kaschemmen usw. hierher gehört, versteht sich von selber.

---

[1]) RG. 3. Dezember 1910, Warn. IV Nr. 87.

[2]) Vgl. RG. 9. Oktober 1911, JW. 40 S. 983.

[3]) Naumburg 4. Februar 1913, M. 26 S. 230, RG. 25. Juni 1914, Recht 18 Nr. 2479.

[4]) Wenn jeder ein Liebesverhältnis hat, vgl. Dresden 26. Februar 1912, M. 26 S, 231.

[5]) Vgl. auch Seligsohn in JW. 34 S. 709.

Die Verurteilung zu Zuchthaus ist nicht an und für sich entehrend im Sinne des Ehescheidungsrechts[1]), sondern nur die Handlung, welche dazu geführt hat: nicht die Mauern entehren, sondern das Verbrechen. Daher kann in solchem Falle immer noch die Art des Verhaltens, welches zur Strafe führte, in Betracht kommen. Die Verjährung der Ehescheidungsklage beginnt mit der Kenntnis von der Tat, nicht mit der Kenntnis von dem Urteil oder mit der Verbüßung der Strafe.

Haben beide Ehegatten an dem entehrenden Verhalten, z. B. an dem Verbrechen, teilgenommen, dann hat keiner dem anderen Teil etwas vorzuwerfen und kann kein Teil behaupten, daß er infolge Entehrung des anderen nicht mehr mit ihm zusammenleben könnte. So z. B. wenn die Zuchthausstrafe auf Meineid oder auf Verführung zum Meineid beruht und beide sich beteiligt haben[2]), oder bei Abtreibung unter gemeinsamer Mitwirkung[3]).

VII. Dem entehrenden Verhalten stehen schwere, die Person erniedrigende Laster gleich, vor allem Trunksucht[4]), auch Päderastie.

VIII. Soweit die in § 1568 zusammengefaßten Einzelheiten. Damit ist aber die Betrachtungsweise nicht erschöpft. Unwillkürlich hat die moderne deutsche Gesetzgebung in § 1568 den Satz zum Ausdruck gebracht: Ehescheidungsgründe sind Pflichtwidrigkeiten, in denen sich ein so mächtiger charakterologischer Zwiespalt kundgibt, daß ein Zusammensein ohne unaufhörliche Konflikte nicht zu erwarten steht; insbesondere wenn kein Teil eine solche mäßigende beschwichtigende Natur hat, daß dadurch der gegenseitige Guerillakrieg der Ehe überwunden werden könnte. Deshalb kommt es namentlich aus diesem Grunde darauf an, ein Gesamtbild der ehelichen Verhältnisse zu gewinnen, wobei auch die verziehenen oder verjährten Dinge früherer Zeit mitberücksichtigt werden können[5]), § 1573. Man muß

---

[1]) RG. 15. Juni 1912, JW. 41 S. 871. Anders und unrichtig KG. 19. Mai 1900, M. 1 S. 255.

[2]) Braunschweig 4. Juli 1902, M. 7 S. 106.

[3]) RG. 28. September 1912, Recht 16 Nr. 3212.

[4]) 11. Februar 1911, JW. 40 S. 369.

[5]) RG. 9. Juni 1910, JW. 39 S. 756.

daher als Fazit der bisherigen Entwicklung sagen: Die Ehe ist zu lösen, wenn in einer pflichtwidrigen Handlungsweise so große Zwiespältigkeiten von Charakter und Lebensgewalten zum Ausdruck gekommen sind, daß ein friedliches eheliches Zusammenleben nicht zu erwarten steht. Auch hier steht vielfach die Rechtsprechung im Kampf mit einer Entwicklung, welche sich sieghaft durchsetzen wird.

Dies darf nicht verkannt werden; ist auch die Ehescheidung nicht zu befördern, so ist doch eine völlige Lösung angezeigt, wo die Charakterfeindschaft nicht durch Pflichtgefühl gezügelt wird[1]).

IX. Ist auch nur ein Ehescheidungsgrund vorhanden, so ist auf Ehescheidung zu erkennen; andere zweifelhafte Gründe können dann beiseite bleiben. Allerdings hat es mitunter eine besondere Bedeutung, ob die Ehe wegen Ehebruchs oder aus einem anderen Grunde geschieden wird; denn bei der Scheidung wegen Ehebruchs tritt ein Ehehindernis ein und kann eine Ehebruchsstrafe beantragt werden. Wird daher die Ehe wegen Ehebruchs geschieden, so ist auch die Person des Ehebrechers zu bezeichnen, damit auf diese Weise vorgegangen werden kann, und zwar gilt dies sowohl, wenn der Ehebruch der alleinige Scheidungsgrund ist, als auch wenn er in Verbindung mit anderen Ehescheidungsgründen steht. Man könnte daraus schließen, daß, wenn neben anderen Ehescheidungsgründen auch der Ehebruch in Frage steht, das Gericht sich nicht damit begnügen dürfe, die Ehe wegen anderer Ehescheidungsgründe zu lösen, sondern speziell auch den Ehebruch zu untersuchen habe, um dann in dieser schwereren Form zu scheiden. Indes sind die hier obwaltenden Rücksichten nicht so bedeutend, um das Gericht, wenn es anderwärts genügende Feststellungen hat, zu nötigen, in diese Sphäre herabzusteigen. Man hat daher mit Recht angenommen, daß, wenn das Gericht andere Gründe für erwiesen erachtet, es sich dabei begnügen und die Ehe scheiden kann[2]). Es kann deswegen auch nicht als eine reformatio in pejus betrachtet werden,

[1]) Zutreffend Seligsohn in JW. 34 S. 711.

[2]) RG. 6. Juli 1903, Entsch. 55 S. 245, RG. 29. Mai 1911, JW. 40 S. 718 (wo auch anderweitige Entscheidungen).

wenn die Ehescheidung in der einen Instanz auf Ehebruch, in der anderen auf einen anderen Grund gebaut wird[1]).

Die Ehescheidungsklage auf Grund des Ehebruchs (aber auch auf Grund der Lebensnachstellung und der Desertion) hat noch das Besondere, daß das Gericht nicht von Amts wegen eine Aussetzung des Prozesses, also nicht eine zeitweise Ehetrennung verfügen kann (§ 620 ZPO.). Wenn daher die Ehescheidung wegen Ehebruchs und wegen § 1568 begehrt wird, so ist die Möglichkeit der zeitweisen Trennung überhaupt ausgeschlossen. Dasselbe gilt auch dann, wenn der Kläger aus § 1568 klagt, während die Widerklage sich auf Ehebruch stützt. Um diese Folge zu vermeiden, müßte man die Möglichkeit geben, durch ein Teilurteil zu entscheiden, daß die Ehe nicht wegen Ehebruchs geschieden wird, so daß dann nur ein Verfahren aus § 1568 übrig bliebe. Eine solche Prozeßbehandlung aber hätte wieder anderweitige Nachteile und wird daher allgemein verworfen. Das Gericht kann bei einfacher Klage und bei Klage und Widerklage immer nur ein endgültiges Urteil geben und muß warten, bis die Frage, ob die Ehe geschieden werden soll oder nicht, völlig spruchreif ist; eine Entscheidung wegen eines einzelnen von mehreren Scheidungsgründen ist nur dann möglich, wenn er ausreicht, die Ehe zu scheiden, und wenn daraufhin die Ehe geschieden und der ganze Prozeß erledigt wird; sonst nicht[2]). Eine Mißlichkeit ist es allerdings, daß man hiernach stets die Möglichkeit gerichtlichen Aufschubs dadurch vereiteln kann, daß man in der Klage oder Widerklage dem Gegner Ehebruch vorwirft.

IV. Todeserklärung und geistiger Tod.
(Enzyklopädie II S. 14 und 142.)

§ 29.

I. Die Todeserklärung hebt die Ehe nicht auf, wohl aber eine nach der Todeserklärung erfolgte neue Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten — vorausgesetzt, daß wenigstens der eine der beiden neuen Ehegatten in gutem Glauben ist: andernfalls liegt eine wegen Doppelehe nichtige Ehe vor (§ 1348).

---

[1]) RG. 8. Februar 1912, JW. 41 S. 466.

[2]) Vgl. RG. 2. November 1911, JW. 41 S. 46, und 17. November 1904, Entsch. 58 S. 307.

Eine solche Eheschließung des Zurückgebliebenen nach der Todeserklärung des Verschollenen ist zwar keine Ehekündigung in bezug auf die alte Ehe, steht aber einer Ehekündigung gleich.

II. Maßgebend ist die Todeserklärung ohne Rücksicht auf die etwa mit Erfolg angestellte Anfechtungsklage, welche ja möglicherweise noch nach längerer Zeit zulässig ist (§ 957 ZPO.).

III. Über die Folgen dieser Ehe vgl. Lehrbuch I S. 296 und III S. 106, 125, 132.

IV. Die Ehescheidung wegen Geisteskrankheit ist ein besonderes Blatt in unserem Ehescheidungsrecht; sie ist der einzige Fall, wo eine Ehescheidung ohne Verschuldung stattfinden kann. An und für sich bewirkt eine Krankheit natürlich nur eine Steigerung der sittlichen Pflichten des Ehegatten: er soll sich dem Kranken um so mehr widmen, je mehr dieser selbst zu leiden hat, und dies gilt vor allem im Falle der Geisteskrankheit[1]), wo der eine Ehegatte durch Liebe, Zuspruch und Sorge in der Lage ist, das Los des anderen zu lindern. Wie sehr kann nicht die Qual der Umnachtung durch tröstendes Eingehen auf das Wesen des Kranken und ständige Aufopferung gemildert werden, auch durch ernstliche Mahnung und kraftvolles Aufrütteln! Nur dann kann eine Ehescheidung als gerechtfertigt betrachtet werden, wenn die Geisteskrankheit sich zum geistigen Tod gestaltet, so daß von einem sittlichen Zusammenleben nicht mehr die Rede sein kann. Das BGB. hat dem zu entsprechen gesucht und hat dabei folgende Voraussetzungen aufgestellt: 1. daß die Geisteskrankheit als unheilbar erklärt wird, 2. daß sie drei Jahre gedauert hat, und daß sie 3. einen solchen Grad erreicht hat, daß ein sittlicher Verkehr nicht mehr möglich ist (§ 1569). Hierbei ist folgendes zu bemerken:

1. Es wird nicht ein absoluter geistiger Tod, nicht eine völlige geistige Verblödung verlangt[2]), es genügt ein geistiger

---

[1]) Auch Morphiumsucht ist eine Krankheit, nicht etwa eine Untugend oder Schlechtigkeit, welche zur Ehescheidung berechtigt, Kiel 27. Oktober 1908, M. 21 S. 239.

[2]) Hierüber Köln 23. März 1901, M. 2 S. 326.

Tod für die Ehe, welcher jede begütigende, lindernde persönliche Einwirkung ausschließt; so namentlich wenn dauernde Wahnvorstellungen eintreten, welche dem Kranken die Nähe des Ehegatten unerträglich machen[1]); so wenn der Kranke gerade im Ehegatten seinen Todfeind erkennt[2]) oder wenn er gar beginnt, seinen Ehegatten zu mißhandeln[3]), so z. B. bei Trunksucht, die bei geistig Minderwertigen nicht als Schuld anzurechnen ist[4]). Hierher können auch Zustände gehören, die mehr Geistesschwäche als Geisteskrankheit sind[5]).

2. Die dreijährige Dauer muß abgelaufen sein, bevor ein Ehescheidungsurteil ergeht, dagegen kann die Klage schon vorher erhoben werden.

3. Die Zersetzung der geistigen Kräfte in einem solchen Grade, daß ein geistiges Zusammenleben nicht mehr gegeben ist, braucht nicht etwa die drei Jahre hindurch gedauert zu haben, sondern es genügt, wenn dies der Abschluß des geistigen Zerfalles, z. B. der Paralyse, ist.

4. Ebenso ist die Unheilbarkeit der Schluß, nicht der Anfang, und es kommt daher nicht in Betracht, wenn in den früheren Stadien der Erkrankung die Heilung noch als möglich erschien.

5. Wenn die Geisteskrankheit schon vor der Ehe bestanden hat, so kann die Frage auftauchen, ob die Ehe eine gültige ist; im übrigen aber wird die während der Ehe bestehende Krankheit nach den gewöhnlichen Grundsätzen behandelt: die drei Jahre sind seit der Ehe zu zählen.

---

[1]) RG. 16. Februar 1911, Warn. Erg. 1911 Nr. 250 und Enzyklopädie II S. 143. Sog. chronisch-systematische Wahnbildungen, vgl. darüber Binswanger, JZ. 18 S. 58.

[2]) Hamburg 22. Januar 1901, M. 2 S. 324.

[3]) KG. 30. November 1901, M. 4 S. 339.

[4]) Da man in solchem Falle keine Verschuldung und darum auch keine Verschuldungsehescheidung annimmt (z. B. Rostock 4. März 1908, M. 18 S. 273), so entwickeln sich sehr mißliche Verhältnisse, die nur auf diese Weise beglichen werden können. Zeitweise lichte Zustände können dagegen nicht aufkommen, Nürnberg 6. März 1911, Seuff. Bl. 76 S. 606.

[5]) Es wurde mehrfach mit Recht hervorgehoben, daß der Ausdruck Geisteskrankheit in § 1569 nicht gepreßt werden darf; eine volle Identifikation mit § 104 ist nicht geboten. Vgl. Binswanger aaO., Liebig, Bayr. Z. Rpfl. 9 S. 350.

6. Eine Verkürzung der dreijährigen Frist wäre wünschenswert.

V. Die Ehekündigung im Falle der Geisteskrankheit geschieht als Klage, die insofern einige Schwierigkeit hat, als möglicherweise der erkrankte Ehegatte nicht entmündigt ist und daher keinen gesetzlichen Vertreter hat. Es muß in solchem Falle ein Pfleger nach § 1910 BGB. ernannt werden.

VI. Bei dieser Ehescheidung muß der Scheidende, soweit nötig, in Zukunft die Unterhaltssorge für den geschiedenen Ehegatten übernehmen (§ 1583); auch die Begünstigung des § 1478 tritt ein: man soll aus dem geisteskranken Ehegatten keinen Gewinn machen.

VII. Eine doppelte Ehescheidungsklage wegen Verschuldung und wegen Geisteskrankheit ist nicht ausgeschlossen, wenn die Verschuldung der Geisteskrankheit vorhergegangen ist; sie wird mit Rücksicht auf die drei Jahre selten erfolgreich sein, möglich ist sie aber immerhin, da die Verschuldungstatsache manchmal erst später hervortritt. In solchem Falle kann der nunmehrige Geisteskranke als der allein schuldige Teil erklärt werden, und es treten die üblichen Folgen ein; jedoch die Unterhaltskosten sind dem Unglücklichen nach § 1583 trotzdem zu bestreiten, während § 1478 Abs. 3 in solchem Falle ausgeschlossen ist.

C. Folgen der Ehescheidung.

§ 30.

I. Die Ehescheidung löst die Ehe nicht nur in ihrer äußeren Gestaltung, sondern auch dem Bande nach. Jeder Ehegatte ist frei.

II. Einige Nachwirkungen sind nicht zu vermeiden. Es sind folgende:

1. Die Frau verliert nicht die durch die Ehe erworbene Staatsangehörigkeit. Doch hat die deutsche Frau die leichte Möglichkeit, wieder die deutsche Staatsangehörigkeit zurückzuerwerben (§ 10 StaatsangehG.).

2. Die Frau verliert bei Beendigung der Ehe nicht den Namen des Mannes, nicht bei der Beendigung durch Tod, auch nicht bei der Beendigung durch Scheidung. Letzteres nahmen manche Rechte an, allein dies führt zu der wenig

annehmbaren Folgerung, daß die Frau den Namen der Kinder nicht mehr trägt, was immer einen ideellen Abstand bewirkt und ein erkältendes Moment bildet. Die Frau behält vielfach gern den Namen bei, nicht weil sie die gewesene Frau des Mannes, sondern weil sie die Mutter ihrer Kinder ist. In vielen Fällen allerdings kann die Frau Gründe haben, den Namen des Ehemannes abzulegen, und dies steht regelmäßig in ihrer freien Wahl; nicht als ob sie dann den früheren Namen wieder annähme, wie es in § 1577 heißt, sondern: sie hat den früheren Namen stets beibehalten, er ist nur hinter dem ehelichen Namen zurückgestanden und tritt nunmehr wieder in erste Reihe. Hat sie sich dahin entschieden, so kann sie nicht mehr zurück: das abgelegte Namensrecht ist für immer verloren. Die Ablegung des Namens geschieht durch rechtsgeschäftliche Erklärung vor der Behörde[1]) in öffentlich beglaubigter Form.

Dies erfährt eine Ausnahme, wenn die Frau für die allein Schuldige erklärt worden ist. In einem solchen Falle kann

a) der Ehemann ihr durch rechtsgeschäftliche Erklärung den ehelichen Namen entziehen; die Erklärung erfolgt in gleicher Weise vor der Obrigkeit in öffentlich beglaubigter Form;

b) sie verliert auch, wenn sie bereits schon einmal verheiratet war, das Recht, den Witwennamen zu führen, und ist, falls ihr der Name des Mannes entzogen wird, auf ihren Mädchennamen angewiesen. Dieser Verlust tritt von selber ein, denn der Familie, deren Namen sie als Witwe trägt, ist sie durch ihre Schuld von selbst verfremdet.

3. Eine weitere Nachwirkung zeigt sich im Verhältnis zu den Kindern. Da jeder Ehegatte diesen gegenüber Rechte und Pflichten hat, so ergibt sich daraus die Notwendigkeit einer Regelung. Diese Regelung ist aber, da hier nicht die Interessen der Ehegatten, sondern die Interessen der Kinder die Hauptrolle spielen und es sich vor allem um die Kinder-

---

[1]) In Preußen vor dem Standesbeamten, welcher die Ehe abgeschlossen hat, wenn er ein preußischer Standesbeamter ist, sonst vor dem Amtsgericht des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts, Preuß. AusfG. a. 68.

erziehung handelt, im Elternrecht zu besprechen. Nur das eine ist zu bemerken, daß

a) dem gewesenen Ehemann in erster Reihe ihr Unterhalt obliegt,

b) daß aber die Frau einen entsprechenden Beitrag zu leisten hat, nach Maßgabe ihrer Einkünfte und ihres Arbeitsergebnisses.

Der Anspruch auf diesen Beitrag ist ein familienrechtlicher, kein schuldrechtlicher Anspruch, folgt also den Regeln familienrechtlicher Ansprüche: er richtet sich nach den wechselnden Bedarfs- und Vermögensverhältnissen, er ist unvererblich, unübertragbar, unpfändbar, und, was die Zukunft betrifft, unverzichtbar (§ 1585); er ist ein Zweckanspruch, der seinem Zwecke nicht entfremdet werden darf, weshalb der Zweck nötigenfalls durch einstweilige Verfügung gesichert werden kann oder auch durch Zurückbehaltung und Selbstverwendung für die Kinder (§ 1585).

II. Titel.

Unvollkommene Lösung. Ehetrennung. (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.)

I. Charakter.

(Enzyklopädie II S. 142.)

§ 31.

I. Neben der Ehescheidung kennt unser Recht die Ehetrennung (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft) (§ 1575), eine Form der Lösung des ehelichen Lebens, welche es der katholischen Bevölkerung ermöglichen soll, sich von der unerträglichen Herrschaft der Ehe zu befreien, ohne gegen das katholische Dogma der Unauflöslichkeit zu verstoßen.

Diese Rücksicht gegenüber so großen und bedeutenden Teilen der Bevölkerung ist vollständig anzuerkennen, denn die Rechtsordnung hat zwar nicht einer jeden Ansicht zu dienen, soll aber ihre Institute so gestalten, daß sie auch dann noch Heil und Gedeihen verbreiten, wenn beträchtliche Schichten der Bevölkerung Anschauungen huldigen, welche der gewöhnlichen Norm widersprechen.

II. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist allerdings im Gesetze recht unvollständig geregelt, so daß sich daraus eine Vielheit von Anschauungen entwickelt hat. Aber wenn der Zweck des Institutes und seine Wurzelung im religiösen Glauben in Betracht gezogen wird, wenn man zudem die geschichtliche Entwicklung nicht unberücksichtigt läßt, so kann über die Bedeutung des Institutes kein Zweifel sein.

III. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist von manchen so aufgefaßt worden, daß sie eine wirkliche Ehescheidung sei, aber mit einer Ehearrestierung: die Ehe wäre gelöst, aber eine neue Ehe dürfe nicht eingegangen werden. Daraus würde folgen, daß, wenn trotzdem eine zweite Ehe stattfände, keine Doppelehe vorläge und die zweite Ehe auch nicht ungültig wäre, da die Ehearrestierung nur als ein hemmendes, nicht als ein trennendes Hindernis gelten könnte.

Daraus würde weiter folgen, daß, wenn die beiden Ehegatten wieder zum gemeinschaftlichen Leben zusammentreten, dieses Zusammentreten eine neue Eheschließung enthielte, also eine Eheschließung — formlos durch bloßen betätigten Ehekonsens.

IV. Diese ganze Auffassung ist verfehlt; sie klammert sich an Worte des Gesetzes und gibt diesen einen verkehrten Sinn. Es heißt in §§ 1586, 1587: „so treten die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein“, und „so fallen die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg“. Nun ist es sicher, daß zur Auslegung des Gesetzes die Vorarbeiten und parlamentarischen Verhandlungen nicht herbeigezogen werden dürfen, wohl aber die in der Geschichte und im Leben betätigte Rechtsvernunft. Der ganze Zweck des Gesetzes aber ist, den Katholiken eine Trennung des Lebens ohne Trennung des Ehebundes zu ermöglichen, da das katholische Dogma jeder Lösung des Ehebundes durch die weltliche Macht widerstrebt. Daß ein Staat auf die vielen Millionen Katholiken eine derartige Rücksicht nimmt, ist doch gewiß völlig sachgemäß, und es muß geradezu als seltsam bezeichnet werden, wenn seinerzeit die Heißsporne des Kulturkampfes eine solche Bestimmung bekämpften, als ob damit das Deutsche Reich in Gefahr käme. Wenn nun schließlich im Sinne des Katholizismus eine derartige Einrichtung ange-

nommen wurde, so muß man sie doch auch in der Art auslegen, daß sie den Katholiken das bietet, was sie verlangen können. Darum hat auch Eugen Huber mit Recht in das Schweizer Gesetzbuch eine ähnliche Einrichtung eingeführt, wobei er sich des sehr bezeichnenden Ausdruckes Ehetrennung bedient, im Gegensatz zu Ehescheidung. Man hätte nun auch in Deutschland einen ähnlichen Ausdruck wählen oder den alten Ausdruck Trennung von Tisch und Bett aufnehmen können, aber dieser Ausdruck wäre den Ohren der Kulturkämpfer, die überall, wo irgendein katholisches Empfinden anschlägt, Reichsfeindlichkeit vermuteten, zu unangenehm gewesen, und so hat man den Ausdruck Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gewählt. Dieser Ausdruck ist schwerfällig und unschön, drückt aber unzweideutig aus, daß das Eheband bestehen bleibt und nur das gemeinschaftliche Leben aufhört. Daraus ergibt sich von selber, daß eben dasjenige Institut eingeführt worden ist, welches der Katholizismus kennt und die Katholiken begehrten.

Dazu kommt noch ein weiteres. Der Katholizismus ist nicht eine Institution, welche in den Kreis eines Landes gebannt ist, er ist ein geistliches Reich, das die ganze Welt umfaßt. Will man ein Institut im Sinne des Katholizismus schaffen, so gestaltet jeder seiner Aufgabe entsprechende Gesetzgeber es in der Art, wie es der allumfassenden katholischen Lehre entspricht, so daß es in allen Ländern, wo Katholiken leben, von den Katholiken angenommen werden kann. Hat in Deutschland eine Trennung von Tisch und Bett stattgefunden, so soll sie auch in Österreich und in der Schweiz gelten. Hätte man nun aber in Deutschland eine solche Absonderlichkeit geschaffen, so wäre die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ein Institut, das in den übrigen Ländern des Katholizismus nicht anerkannt wird. Die österreichischen Katholiken können in Deutschland nicht geschieden werden, aber sie könnten auch keine Auflösung der ehelichen Gemeinschaft erwirken, denn diese wäre etwas anderes als ihre Trennung von Tisch und Bett, und für sie als österreichische Katholiken käme nur diese in Betracht. Die österreichische Katholikin fände daher in Deutschland keinen Schutz gegen die Brutalität eines

Mannes und müßte Leben und Gesundheit opfern, eben weil eine sachwidrige Gesetzgebung uns mit einem Institute bedacht hätte, das dem Leben widerspricht[1]).

Außerdem widerstreitet ein derartiges Institut einer jeden geschichtlichen Analogie. Daß man eine Ehe mit Ehearrestierung scheidet, ist geschichtlich hergebracht; sogar Eugen Huber hat in das Schweizer Gesetzbuch eine Ehescheidung mit zeitweiliger Ehearrestierung aufgenommen oder vielmehr aufnehmen müssen, um den dortigen etwas eigenartigen Anschauungen zu entsprechen (a. 150). Daß aber, nachdem eine Ehe mit Ehearrestierung geschieden war, die geschiedenen Ehegatten durch einfaches Zusammenleben wieder eine neue Ehe abschließen könnten, das widerspricht allen modernen Rechtsgedanken, welche davon ausgehen, daß eine Ehe durch bloßes Zusammenleben nicht eingegangen werden kann: ein Zusammenleben von einem Tag genügte, um die Nichtehe wieder zur Ehe zu machen — ja, wenn doch wenigstens Jahr und Tag erforderlich wäre! Und ein solches Zusammenleben könnte doch nur dann zu einer neuen Ehe führen, wenn es mit einem consensus *maritalis* verbunden wäre. Wie, wenn etwa die neu zusammentretenden Ehegatten vereinbaren wollten, in freier Liebe zu leben? Es fehlt der *consensus maritalis,* und dennoch träte nach Maßgabe des Gesetzes eine neue Ehe ein! Anders nach der richtigen Ansicht. Hier wird die Ehe wieder normal, sobald ein freiwilliges Zusammenleben stattfindet, mögen die Ehegatten nun dabei beabsichtigen, was sie wollen; es bedarf hierzu nur eines Zusammenlebens, keines *consensus maritalis!*

V. Von dieser ganzen Anschauung kann daher keine Rede sein, und wenn sich der § 1586 etwas musterhafter hätte ausdrücken können, so kommt dies hier nicht in Betracht. Sicher ist, daß die ganze Ausdrucksweise vollkommen zu einer Trennung von Tisch und Bett stimmt, und

---

[1]) Und doch hat das RG. (Vereinigte Senate) diese Konsequenz angenommen, RG. 12. Oktober 1903, Entsch. 55 S. 346. Das OLG. Stuttgart hat 31. März 1905, M. 11 S. 287, erkannt, daß der von Tisch und Bett getrennte Österreicher, der nachträglich Deutscher wird, bei uns auf Herstellung der Ehe klagen könne!

diese ist es, welche die katholische Bevölkerung will und welche den Erfordernissen vieler Millionen des Deutschen Reichs, und damit auch den Erfordernissen des Deutschen Reichs entspricht.

In der Tat, was die Rechtsordnung will, ist eine nicht dem Bande nach gelöste Ehe, bei der aber jeder Ehegatte die Gemeinschaft versagen kann; sobald aber die Gemeinschaft wieder faktisch hergestellt ist, erweist es sich, daß die Gründe, welche die Ehegatten berechtigten, die Gemeinschaft abzulehnen, nicht mehr in genügendem Maße vorhanden sind, so daß nunmehr das normale Verhältnis wieder eintritt[1]).

VI. Die Ehetrennung ist ein Minus gegenüber der Ehescheidung; daher gilt auch hier der Satz, daß der Ehegatte, welcher nach seinem Antrag ein Ehescheidungsurteil erlangt hat, die Revision einlegen kann, um in dem noch laufenden Verfahren die Ehescheidung in Ehetrennung abzumildern[2]).

VII. Die Ehetrennung wie die Wiederherstellung der Ehe soll im Heiratsregister am Rande vermerkt werden; doch hat der Vermerk nur Ordnungscharakter (§ 55 PersStG.).

VIII. Man hat sich allerdings für die Ansicht, wonach der Österreicher, der in seinem Lande von Tisch und Bett getrennt werden kann, bei uns keine Ehetrennung (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft) begehren könne, auf a. 17 EG. zum BGB. berufen, wo es in Absatz 4 heißt:

„Auf Scheidung, sowie auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, kann auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inlande nur erkannt werden, wenn sowohl nach dem ausländischen Gesetze, als nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein würde.“

Allein dies ist eine ledigliche Wortinterpretation. Der ganze Artikel sagt zunächst, daß bei der Ehescheidung die Gesetze des Heimatstaates maßgebend sind, und dem fügt der 4. Absatz bei,

---

[1]) Über die Übereinstimmung unseres Instituts mit der Separatio perpetua vgl. auch Rauch, Separatio perpetua und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (1908) S. 34f. Anderer Ansicht Seckel, Festgabe für Dernburg S. 351f. Weitere Literatur bei Martin Wolff S. 128, welcher ganz gegen die geschichtliche und rationelle Methode die verkehrte Ansicht verteidigt.

[2]) RG. 18. Mai 1911, JW. 40 S. 655.

daß in Deutschland eine Ehe nur dann geschieden oder durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft getrennt werden kann, wenn die Verhältnisse so liegen, daß auch in Deutschland eine Scheidung erfolgen könnte. Die Ehetrennung brauchte dann nicht zum zweitenmal erwähnt zu werden, da in Deutschland in allen den Fällen, in denen die Ehe geschieden werden kann, auch eine Ehetrennung erfolgen kann, und umgekehrt. Dies hat man nun in ungeschickter Weise in der Art ausgedrückt wie oben steht, aber es liegt nur eine Ungeschicklichkeit der Fassung vor; es sollte heißen: wenn auch nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein würde. Daß man in Deutschland über eine österreichische Ehe nicht eine Ehetrennung verfügen könnte, so daß eine österreichische Ehefrau ganz schutzlos wäre, dies ist ein so unzulässiges Resultat, daß eine Auslegung, die dazu führt, ohne weiteres abzulehnen ist.

Und wenn man doch Wortinterpretation treiben will, so betrachte man genau den § 646 ZPO., wo es heißt, daß gegen eine Ehefrau von den Verwandten ein Entmündigungsantrag gestellt werden kann, wenn auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt ist; damit ist doch deutlich ausgesprochen, daß in solchem Falle die Frau nicht eine gewesene Ehefrau, sondern noch eine wirkliche Ehefrau ist: die geschiedene Frau, als gewesene Frau, ist überhaupt nicht erwähnt.

Aber allerdings soll dies nur ein Lapsus sein, der nicht weiter in Betracht käme, während man sich in a. 17 ans Wort klammert. Mit anderen Worten, man klammert sich an das Wort im einen Fall und verläßt es im anderen.

Und doch spricht § 1576, welcher den Ehegetrennten gestattet, auf Scheidung zu klagen, davon, daß jeder der Ehegatten die Scheidung beantragen darf, und wenn in § 606 ZPO. von Scheidungsklage des Ehemannes und der Ehefrau die Rede ist, so ist es unbestreitbar, daß hierunter auch der Fall des ehegetrennten Ehegatten zu verstehen ist!

II. Folgen.

§ 32.

I. Die Folgen des Instituts sind daher:

Das eheliche Band bleibt bestehen; mithin ist 1. das Verbot einer weiteren Ehe die natürliche Folge dieses Fortbestehens, weshalb eine solche neue Ehe eine Doppelehe enthält und wegen Doppelehe nichtig ist. Diese Anschauung kann allein dem katholischen Standpunkt entsprechen; ein Institut anderer Art wäre dem katholischen Gemüt unzugänglich.

2. Eine Nichtigkeitserklärung, eine Anfechtung der Ehe ist ohne weiteres statthaft (§ 1586), die Anfechtung kann auch im Fall des § 1350 stattfinden, und die Frau kann im Fall des a. 9 Abs. 3 BGB. die Todeserklärung des Mannes betreiben. Vgl. S. 94 und 99.

3. Der außereheliche Umgang eines Ehegatten ist Ehebruch und kann als Ehebruch bestraft werden, denn der Ehebruch setzt nur eine dem Bande nach bestehende Ehe, keine Ehegenossenchaft voraus.

4. Die Ehegatten sind immer noch Angehörige im Sinne des StGB., ihre Bande sind noch nicht zerrissen[1]) (vgl. §§ 52, 54, 213), die Begünstigung des Ehegatten ist immer noch straflos (§ 257), ein Diebstahl oder ähnliches Delikt unter ihnen findet immer noch seine Verzeihung (§ 247), gewisse Vergehungen sind immer noch nur auf Antrag zu bestrafen (§§ 263, 292), es gilt § 232 StGB. Die Beziehungen zwischen den Ehegatten geben immer noch Anlaß zu besonderer Behandlung im Konkurs- und Anfechtungsrecht (§§ 183, 45, 31 und 32 KO., § 3 AnfechtG.). Der Ehemann hat immer noch das Recht, als Verteidiger der Frau aufzutreten, sowohl gegen Beleidigungen Dritter (§ 195 [auch § 189] StGB.) als auch als Beistand und Helfer im Strafprozeß (§§ 149, 340 StPO.). Die Ehegatten haften sich immer noch für culpa in concreto (§ 1359), die Einwilligung des Ehegatten ist immer noch für die Ehelichkeitserklärung und Adoption erforderlich (§§ 1726, 1746), denn es soll durch solche neu eintretenden Zwischenglieder die etwa mögliche Versöhnung nicht gehemmt werden; die Ehegatten bilden auch immer noch ein Ehepaar, welches ein Kind gemeinschaftlich adoptieren kann (§ 1749): dies kann ein Mittel sein, die Getrennten wieder seelisch zusammenzuführen.

5. Die Begattung der Ehegatten unter sich ist trotz der Trennung keine uneheliche, und alle Vergehungen, welche darauf gebaut sind, daß die Begattung eine uneheliche ist, fallen weg, namentlich kann der § 179 StGB. nicht zu-

---

1) Nicht zu erwähnen sind §§ 528 und 2234 BGB., § 41 Z. 2, § 383 Z. 2 ZPO., § 22 Z. 2, § 51 Z. 2 StPO., § 156 Gerichtsverf., § 6 und 170 GfG., denn in diesen Fällen kommt nicht nur der Ehegatte, sondern auch der gewesene Ehegatte in Betracht.

treffen. Die Verkuppelung der Ehefrau ist immer noch qualifizierte Kuppelei (§ 181 StGB.).

6. Die Frau behält auch den Namen des Mannes.

7. Die Kinder der Ehefrau, welche der Ehemann während dieser Zeit mit der Frau erzeugt, auch ohne daß eine Lebensgemeinschaft eingetreten ist, etwa Kinder eines halbbewußten momentanen Umganges, sind unter allen Umständen eheliche, noch mehr auch die Kinder, die nicht von ihm gezeugt sind, welche er aber anerkannt oder nicht verleugnet hat. Nur das eine gilt als notwendige Folge der Aufhebung der Ehegenossenschaft: die Vermutung, daß eine Begattung der Ehegatten stattgefunden hat, geht hier in die Brüche, denn sie hat nur einen Sinn bei der wirklichen Ehegenossenschaft, nicht bei einem bloßen „ehelichen Bande".

8. Für die elterliche Gewalt und die elterliche Nutznießung am Vermögen des Kindes gelten die Grundsätze der bestehenden Ehe (also nicht §§ 1684, 1685). Über das Recht der Frau, die Kinder zu sehen und mit ihnen zu verkehren, entscheidet das obervormundschaftliche Ermessen.

9. Der Ehemann hat die Unterhaltspflicht, wie bisher, auch wenn die Frau der schuldige Teil ist. Natürlich wird die Billigkeit hier beträchtlich ins Spiel kommen und die Unterhaltungspflicht erweitern oder einschränken, und dies wird auf das richterliche Ermessen einwirken.

10. Es steht nichts im Wege, daß die Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament machen, denn ein solches setzt Ehegattenqualität, nicht aber Lebensgemeinschaft voraus (§§ 2265, 2270), und ebenso treten die Erleichterungen des Erbvertrages auch hier ein, denn nicht jede Verbindung zwischen den Ehegatten ist abgerissen (§§ 2275f., 2290).

11. Die Verjährung bleibt nach § 204 gehemmt; denn wenn die Lebensgemeinschaft auch aufgehoben worden ist, so sollen die Ehegatten sich doch nicht bekriegen: dies könnte neuen Brandstoff herbeiführen und eine etwaige Versöhnung hintanhalten.

12. Eine Verfolgung wegen Ehebruchs (§ 172 StGB.) ist, solange keine Ehescheidung eingetreten ist, nicht möglich trotz der Ehetrennung: eine solche Verfolgung widerspräche dem Charakter der Ehetrennung: es soll alles vermieden

werden, was eine spätere Wiedervereinigung unmöglich macht.

Ebenso kann auch das Ehehindernis des § 1312 nicht eintreten, wenn eine Ehetrennung wegen Ehebruchs erfolgt ist und eine Ehe mit dem Ehebrecher durch den Tod des getrennten Ehegatten ermöglicht würde.

II. Dagegen hören die Folgen der Ehegemeinschaft auf. Das ist es, was § 1586, wenn auch in ungeschickter Weise, besagt[1]). Daher:

1. Die Ehefrau teilt nicht mehr den Wohnsitz und Gerichtsstand des Ehemannes, es besteht kein ehelicher Wohnsitz mehr; für den Unterstützungswohnsitz gilt § 17 UnterstWG.

2. Die Ehefrau hat kein Schlüsselrecht mehr und die Vermutung des § 1362 verliert von selbst ihre Kraft.

3. Der Mann hat nicht mehr ein Recht, in ihre Dienstverträge hineinzusprechen, ihr in bezug auf die Lebensverhältnisse Vorschriften zu machen, oder ihre Briefe zu öffnen.

4. Die Frau kann auch ohne Einwilligung ihres Mannes Vormünderin sein, denn die Einschränkung des § 1783 ist wegen der Lebensgemeinschaft der Ehegatten gegeben und entspricht den §§ 1353f. Umgekehrt hätte das Vorzugsrecht des Ehegatten gemäß § 1900 im Falle der Ehetrennung keinen Sinn.

5. Das eheliche Güterverhältnis löst sich, und es tritt Gütertrennung ein; die §§ 1478, 1584 finden rechtsähnliche Anwendung, denn sie sind Folgen der von dem einen Ehegatten verschuldeten Trennung. Ein nachträglicher Ehevertrag, welcher wiederum ein anderes Güterrecht einführt, ist nicht ausgeschlossen.

6. Das Ehegattenerbrecht hört auf, und ebenso wird eine letztwillige Verfügung zugunsten des Ehegatten regelmäßig hinfällig, so §§ 1933 und 2077, 2279, denn eine solche

---

[1]) Man hat hier von Willkürlichkeit gesprochen — in der Tat sind die angegebenen Folgen einfach durch die Vernunft des Instituts gegeben, wie man sie seinerzeit ähnlich auch aus der fragmentarischen Bestimmung des a. 306 C. Nap. entwickelt hat. Man vergleiche Zachariä, Franz. CivR. § 464 (494), und vergleiche auch die ältere badische Praxis.

Verfügung ist im Zweifel nur auf den Fall berechnet, daß die Ehe in Lebensgemeinschaft erstorben ist. Etwas anderes kann natürlich bestimmt werden und eine solche Bestimmung ist anzunehmen, wenn die Verfügung nach der Ehetrennung getroffen wurde, vgl. § 2268.

III. Der Code Napoléon ließ auf separation de corps sofort die Ehescheidung folgen, wenn ein Ehegatte (der schuldige oder unschuldige Teil) dies begehrte, und dem hat sich auch unser BGB. angeschlossen unter Hervorhebung der zwei Sätze, daß die gesetzliche Klagefrist nicht besteht und daß der im Ehetrennungsprozeß für schuldig erklärte Teil auch hier als der schuldige gilt (§ 1576). Diese Behandlung ist sachgemäß. Wenn man auch dem Katholizismus jene gerechte Einräumung gemacht hat, so ist doch der Staat nicht genötigt, ein Verhältnis fortbestehen zu lassen, das er als eine Halbheit ansieht; und auch dem schuldigen Ehegatten ist die Befugnis nicht zu versagen, diese Halbheit in ein Definitivum überzuleiten: denn dieses Definitivum entspricht dem allgemeinen Interesse besser als jene Halbheit. Hierüber kann sich der katholische Teil nicht beklagen, da die Ehescheidung nicht von ihm, sondern vom anderen Teil herrührt; und wenn er in seinem Innern die Ehescheidung nicht gelten lassen will, so hindert ihn niemand, das fortgesetzte Band der Ehe in seinem Gewissen zu beobachten, während der andere Teil von seinem Standpunkt aus in der Lage ist, eine neue Ehe einzugehen.

Neuere Gesetzgebungen haben hier andere Bestimmungen, die aber wenig zutreffend sind. Nach französischem Gesetze vom Jahre 1884 kann die separation de corps erst nach drei Jahren in eine Ehescheidung umgewandelt werden (vgl. a. 310 Code Napoléon in der späteren Fassung); ähnlich auch das Schweizer Gesetzbuch a. 146—148, welches zudem noch die Verschlechterung hat, daß der schuldige Teil nur dann die Ehescheidung begehren kann, wenn der andere sich nicht mit ihm vereinigen will. Hiernach bleibt die Halbheit bestehen, wenn der unschuldige Teil eine Vereinigung wünscht, zu der der andere die Hand nicht bietet.

IV. 1. Die durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft getrennte Ehe kann wieder vereinigt werden durch die Er-

neuerung des Zusammenlebens. Eine versöhnende Äußerung, etwa in Briefen, würde nicht genügen, auch nicht Vorbereitungshandlungen, sondern nur ein Wiederbeginn der Daseinsgemeinschaft. Die Absicht der Ehefortsetzung aber ist nicht nötig; es wäre genügend, wenn die Ehegatten etwa von nun an in freier Liebe zusammen wohnen wollten; denn unter Ehegatten ist jede Lebensgemeinschaft eine eheliche (§ 1587).

2. Die Wiederherstellung ist eine neutrale Handlung, kein Rechtsgeschäft. Sie steht auf gleicher Stufe wie die Verzeihung. Die Grundsätze von der Geschäftsfähigkeit finden daher keine direkte Anwendung, sondern nur soweit, als eine gewisse Einsicht nötig ist, um ein solches Zusammensein als vernünftiges Zusammenleben zu gestalten. Weder die Behauptung, daß hier die gewöhnliche Geschäftsfähigkeit, noch die Behauptung, daß die Ehemündigkeit erforderlich sei, ist stichhaltig, und Irrtum und Zwang kommen nur insofern in Betracht, als hierdurch möglicherweise die Handlungsweise den Charakter der „Wiederherstellung der Gemeinschaft“ verliert.

3. Keine Gemeinschaftswiederherstellung liegt vor, wenn eine Ehefrau als Krankenpflegerin in das Haus des Mannes eintritt oder an sein Sterbelager eilt, um ihn in seiner letzten Stunde zu trösten. Sie kommt nicht, um mit ihm zu leben: sie kommt, um ihm in der Krankheit zu dienen, oder um vielleicht in Erinnerung früherer schönerer Tage ihm den Austritt aus dem Leben zu erleichtern.

V. Eine zeitweise Ehetrennung wie andere Gesetze, z. B. das Schweizer ZGP. a. 147f., kennt unser Recht nicht. Ein gewisser Ersatz dafür, allerdings mit völlig anderer juristischer Konstruktion, ist die Möglichkeit, im Ehescheidungsprozeß das Verfahren auf Antrag des Klägers oder von Amts wegen auf eine Zeit bis zu zwei Jahren auszusetzen, von Amts wegen allerdings nur im Falle des relativen Ehescheidungsgrundes (§ 620 ZPO.), und zwar dann, wenn eine Aussicht auf Aussöhnung besteht. Hält das Gericht eine Versöhnung für möglich, so soll es aussetzen[1]). Da im Ehe-

---

[1]) Celle 13. März 1900, M. 1 S. 399.

scheidungsverfahren eine einstweilige Lebenstrennung der Ehegatten stattzufinden pflegt, so tritt hier ein tatsächlicher Riß in den ehelichen Verhältnissen ein, und dieser Riß dauert während der Aussetzungsperiode. Doch kann der Aussetzungsbeschluß geändert und aufgehoben werden, denn er beruht technisch auf durchaus prozessualer Grundlage[1]). Die Trennung kraft Prozesses soll dem Zwecke dienen, eine Versöhnung der Ehegatten herbeizuführen, auch wenn Ehescheidungsgründe vorhanden sind; sie soll daher dann nicht erfolgen, wenn das Gericht von dem Nichtvorhandensein von Ehescheidungsgründen überzeugt ist[2]). Im übrigen vgl. S. 167.

V. Eheliches Güterrecht.

A. Allgemeines.

(Enzyklopädie II S. 143.)

§ 33.

I. Unsere Gesetzgebung hat sich mehr und mehr von der Gütergemeinschaft abgewendet, welche auf dem oben S. 54 gerügten Irrtum beruht, als ob gewisse erstrebenswerte Zustände durch solche Rechtsinstitute erreicht werden müßten, welche das direkte Abbild dieser Zustände und ihre unmittelbare Verkörperung darstellen. Dies ist unrichtig; die besten Ergebnisse werden oft auf einem Umwege erreicht, denn die direkten Verwirklichungen haben nicht selten so große Mängel und Schäden, daß eher davon abgesehen werden muß.

II. Man hat im BGB. wie im PreußLR. das sächsische System der Verfügungsnutznießung angenommen, welches das Vermögen der Frau als Eigenvermögen beläßt, es aber in Verfügung und Nutzung des Mannes bringt. Gegen dieses System, so wie es bei uns eingeführt ist, spricht folgendes:

1. Bei der Verfügungsnutznießung kommt der ganze Erwerb der Ehe dem Manne zu, und die Frau bleibt, so sehr sie durch ihre Mitwirkung am Gedeihen des Ganzen teilgenommen hat, vermögenslos, während der Mann vielleicht Millionen verdient. Das Schweizer Gesetzbuch hat diesem

---

[1]) KG. 26. Oktober 1911, M. 25 S. 137.

[2]) Bamberg 1. Mai 1900, M. 1 S. 89.

Mangel in ausgezeichneter Weise dadurch abgeholfen, daß in solchem Falle die Frau zwar nicht am Erwerb, wohl aber an den schließlichen Ergebnissen des Erwerbes zu einem Drittel teilnimmt; sie erhält den sogenannten Vorschlag. Dadurch entsteht eine gewisse Ähnlichkeit mit der Errungenschaftsgemeinschaft, aber nur im Schlußresultat, denn es erwächst kein Gesamtgut und die Frau nimmt nur eben einen Teil des Erwerbssaldos für sich (vgl. § 214 Schw. ZGB.).

2. Auch andere Momente zeigen, daß das sächsische Institut am Verwelken ist: im BGB. wollte man dem Ehemann eine Verfügungsgewalt geben und sie ihm wieder nicht geben; man wollte ihm die Herrschaft über das Frauengut überlassen und man beschränkte ihn aufs äußerste; man wollte die Frau binden und sie wieder nicht binden. Das geht nicht an: man lasse eine Herrschaft, die nicht mehr zeitgemäß ist, fallen. Es ist ja nicht erforderlich, die Frau noch weiter für mundtot zu erklären: sie soll ihr Vermögen selbst verwalten, sofern sie es nicht in widerruflicher Weise dem Ehemann überläßt; dabei soll sie zum häuslichen Leben einen entsprechenden Beitrag leisten. Dies führt also zur Gütertrennung. Das Geding der Gütertrennung ist denn auch sehr häufig[1]).

II. Sehr wünschenswert wäre es, wenn allgemein der Grundsatz gelten würde, daß die beweglichen Gegenstände des ehelichen Vermögens von den Gläubigern des Mannes zu ihrer Befriedigung verwendet werden dürften, sofern sie nicht Grund haben konnten, diese Gegenstände als Sachen der Frau zu betrachten; denn es gibt nichts Kläglicheres, als wenn dem Zugriff der Gläubiger mit der ständigen Aussonderungsklage entgegengetreten wird und die Gläubiger, welche dem Ehemann gläubig Kredit gegeben haben, im maßgebenden Augenblick hören müssen, daß das Zugriffsvermögen der Frau gehöre und für die Gläubiger des Ehe-

---

[1]) An einer genügenden Statistik der Eheverträge fehlt es leider; nicht einmal für die Einträge in das Güterrechtsregister ist eine befriedigende statistische Spezialisierung gegeben. Von Bayern wissen wir, daß in den Jahren 1900—1905 Gütertrennungen in folgender Zahl eingetragen wurden: 1508, 1947, 1974, 1860, 1783, 1709. Vgl. Segall, Arch. f. bürg. Recht 32 S. 447.

mannes unbeschlagbar sei. Man braucht ja nicht so weit zu gehen wie frühere Rechte, daß das Frauengut für die Schulden des Mannes haften soll, ein Grundsatz, der nach anderer Hinsicht gefährlich wäre; allein man sollte doch dem Rechtsschein, welcher die Gläubiger des Mannes berückt, größere Zugeständnisse machen. Der wichtige soziale Gedanke der Gläubigerversicherung hat bei uns im Konkurs eine teilweise Anerkennung gefunden in § 45 KO., aber nur eine sehr unvollkommene. Nicht einmal der gesunde Grundsatz der Napoleonischen Gesetzgebung, daß die häusliche Ausstattung den Gläubigern des Mannes unter allen Umständen verfallen ist, wurde angenommen. Dafür hat man in § 1362 eine ganz ungenügende Aushilfe zu schaffen gesucht: für alle beweglichen Sachen (sofern sie nicht Eigengebrauchssachen der Frau sind) soll die Vermutung gelten, daß sie dem Manne gehören. Allein dies ist eine Vermutung, welche durch den Nachweis interner Verhältnisse beseitigt werden kann. Hiernach können den Gläubigern gegenüber alle internen Beziehungen, welche besagen, ob ein Vermögensstück der Frau oder dem Manne gehört, aufgerührt werden, und die Ehegatten sind natürlich klug genug, sich hierfür die nötigen Nachweise zu verschaffen; all dies ist nicht nur kreditschädlich, sondern führt auch zu unerquicklichen Streitigkeiten: soziale Erfordernisse lassen sich nicht durch eine individualisierende Gesetzgebung erfüllen[1]). Einstweilen gilt die Vermutung, sie gilt insbesondere auch zugunsten des Vermieters, der hier sein Mietpfandrecht geltend machen und das Wegschaffen der Gegenstände verhindern kann (§§ 559, 561 BGB.)[2]). Sie gilt überhaupt auch zugunsten des Pfandgläubigers und bei der Sicherungsübereignung[3]). Sie gilt nicht nur in dem Sinne, daß angenommen würde, die Gegenstände seien vom Manne erworben, sondern man nimmt weiter an, daß sie ihm jetzt noch gehören. Die Vermutung ist

---

[1]) Trefflich im Sinne (wenn auch nicht im Ausdruck) besagt a. 202 Schweizer ZG.: „Dritte dürfen . . . diese Einwilligung“ (der Ehefrau) „voraussetzen, . . . sofern die Vermögenswerte nicht für jedermann als der Ehefrau gehörig erkennbar sind.“

[2]) RG. 3. Juli 1903, Entsch. St. 36 S. 332.

[3]) RG. 9. Juli 1912, JW. 41 S. 912.

eine Gläubigervermutung, sie ist nicht eine Vermutung gegenüber etwaigen Eigentumsansprüchen Dritter.

III. Eine weitere Vermutung, daß die Gebrauchsgegenstände der Frau Eigentum der Frau sind, gilt im Verhältnis der Ehegatten unter sich (§ 1362).

IV. Das Güterverhältnis löst sich mit Aufhebung der Ehe, auch bei Ehescheidung; es löst sich auch bei bloßer Ehetrennung, außerdem aus besonderen Gründen, die sich bei der Darstellung der Güterverhältnisse von selbst ergeben. Löst sich das Verhältnis bei bestehender Ehe, so tritt Gütertrennung ein (§§ 1426, 1470, 1545, 1549).

V. 1. Es wird in der Folgezeit von Schuld und Haftung mehrfach die Rede sein. Ich bleibe in dieser Beziehung bei der Auffassung, die ich im II. Band S. 29f. entwickelt habe. Die moderne Hervorholung veralteter Vorstellungen kann nur Verwirrung anrichten. Zwei Dinge stehen sich konstruktiv gegenüber: die auf moral-juristischer Basis beruhende Verpflichtung und die auf dinglichem Boden erwachsene Haftung. Will man das Wort Haftung in diesem Sinne gebrauchen, so fällt der Begriff zusammen mit dem Begriff des Wertrechtes, und solange die Vertreter von Schuld und Haftung die Wertrechtstheorie nicht überwunden haben, ist auf ihre Versuche, welche geschichtliche Entwicklung und moderne juristische Konstruktion verwechseln, überhaupt nicht näher einzugehen.

2. Die Haftung im Sinne des Wertrechtes ist bei uns nicht mehr eine Haftung der Person, sondern eine sachliche, die sich gegen Einzelgegenstände und gegen eine Gesamtheit von Gegenständen richten kann. Hierbei gilt folgendes: das Wertrecht kann ein direktes und ein indirektes sein. Direkte Wertrechte, wie das Pfandrecht, bedürfen keiner weiteren Ausführung; das indirekte Wertrecht aber ist dann gegeben, wenn es einem Gläubiger möglich ist, an einem Gute ein Vollstreckungspfandrecht zu erwerben oder darauf eine Zwangshypothek eintragen zu lassen. Dieses indirekte Wertrecht kann wiederum ein bestimmtes oder unbestimmtes sein. Ein unbestimmtes Wertrecht indirekter Art ist mit den Verpflichtungen gewöhnlich verbunden, sofern sie reaktionsfähig sind und also zu einer Vollstreckung gegen das Vermögen des Schuldners Anlaß geben. Ein bestimmtes Wertrecht indirekter

Art liegt vor, wenn der Wertberechtigte nicht auf das ganze Vermögen, sondern nur auf eine Vermögensgruppe vollstrecken kann. Dieses bestimmte indirekte Wertrecht kann von jeder Verpflichtung unabhängig sein; es wäre ein konstruktiver Fehler, eine Verpflichtung anzunehmen, wenn nichts vorhanden ist als die Möglichkeit, an der einen oder andern Vermögenssache ein Vollstreckungspfandrecht zu erwerben.

3. Auf diese Weise erklärt sich die Gestaltung der Haftung bei dem gesetzlichen Gütersystem: die Schulden der Frau können unter Umständen auf das eingebrachte Gut trotz der Nutznießung des Mannes wertrechtlich zur Geltung gebracht werden, indem eine Vollstreckung darauf erfolgen kann, die durch einen auf den Mann mitgerichteten Vollstreckungstitel eingeleitet wird.

Bei der Gütergemeinschaft sind die beiden Ehegatten Schuldner der Gemeinschaftsschulden, der Ehemann (von einem Fall ausgenommen) absolut, die Ehefrau aber in der Art, daß die Vollstreckung nur auf das Gemeinschaftsvermögen genommen werden kann. Ist die Gemeinschaft im Liquidationsstadium, so hört die Verpflichtung der Frau auf und bleibt nur das Wertrecht bestehen (§ 1480)[1]. Jedenfalls kann die Ehefrau nur unter dem Vorbehalt verurteilt werden, daß sie nur kraft des bestimmten indirekten Wertrechts angegriffen werden darf (§§ 780, 786 ZPO.)[2].

4. Wenn im folgenden ebenso wie früher von Schuld und Haftung unterschiedslos gesprochen wird, so beruht dies auf dem bisherigen Sprachgebrauch; daß dies keine Anlehnung an die unrichtige Theorie ist, versteht sich von selber, soll aber noch besonders ausgesprochen werden.

B. Verfügungsnutznießung.

I. Charakter.

(Enzyklopädie II S. 145f.)

§ 34.

I. Man bezeichnet unser eheliches Vermögenssystem als Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes (§ 1363). Damit verbindet sich aber teils Unklarheit, teils Unrichtigkeit;

---

[1]) Vgl. Hamburg 25. Oktober 1906, M. 14 S. 231.

[2]) Vgl. Königsberg 19. Juni 1909, M. 21 S. 228.

Unklarheit insofern, als man keine rechte Vorstellung hat, in welcher Beziehung die Verwaltung zur Nutznießung steht; Unrichtigkeit, sofern diese Beziehung falsch aufgefaßt wird.

II. Die Verwaltung als Verwaltung könnte eine Verwaltung in stellvertretender Weise sein, was zur Folge hätte, daß die Verwaltungsgeschäfte des Mannes die Frau verpflichteten, ähnlich wie die Verwaltungstätigkeit des Vormunds den Mündel oder des Testamentsvollstreckers die Erbschaft. Davon ist keine Rede. Das BGB. sagt in § 1375 ausdrücklich, daß der Ehemann durch Rechtsgeschäfte die Frau nicht verpflichten könne. Wenn er ihr Vermögen verwaltet, so verwaltet er es in seinem Namen, wenn er verfügt, so verfügt er in seinem Namen. Es wäre allerdings, wofür das römische Recht Beispiele gibt, möglich, daß der Ehemann im eigenen Namen sich verpflichtete und im Namen der Ehefrau verfügte, so daß er die schuldrechtliche Verpflichtung für sich einginge, dagegen die dinglichen Rechtsakte im Namen der Frau vollzöge. Eine solche Konstruktion aber würde die einheitliche Verwaltung des Ehemannes in zwei verschiedene Betätigungen auseinanderreißen, sie hätte zur Folge, daß der Ehemann im einheitlichen Geschäft eine verschiedene Rolle spielte; sie würde bewirken, daß er in bezug auf Verfügungen nicht nach seinem Rechte, sondern nach dem Rechte der Frau behandelt würde, als deren Vertreter er handelte, was zu unzulässigen Folgerungen führen würde: man denke, daß die Frau flüchtig und über ihr Vermögen der Beschlag verhängt wäre. Es ist darum das allein richtige, die Verhältnisse so zu konstruieren, daß der Ehemann nicht nur bei Verpflichtungen, sondern auch bei Verfügungen in seinem eigenen Namen handelt.

III. Verfügt aber der Mann kraft eigenen Rechts, so sind nur zwei Fälle möglich: entweder tut er es unter Einwilligung der Frau, oder er tut es kraft eines von dem Willen der Frau unabhängigen Rechts; natürlich gilt das letztere: dieses Recht aber steht in unmittelbarer Beziehung zu seinem Recht des Besitzes und der Nutznießung, denn die Nutznießung enthält von selbst die Befugnis der Verwaltung und Fruktifizierung, und nur eine Steigerung ist es, wenn dieses Recht zur Verfügung führt. Es ist darum das einzig Natürliche, die

Verwaltungs- und Verfügungshandlung als Ausfluß desselben Rechts zu betrachten. Das Ehemannsrecht ist daher nicht eine Zusammenfassung zweier Bestandteile, des Nutznießungsrechts kraft seiner dinglichrechtlichen Stellung und des Verwaltungsrechts kraft stillschweigender Genehmigung der Frau, sondern nur ein Recht, nämlich das gesteigerte Nutznießungsrecht. So wird die Nutznießung zur Verfügungsnutznießung, und damit allein ist die wahre Gestalt der Sache enthüllt[1]).

Die einzelnen Teile dieser Macht auseinanderzureißen, wie es bisher meist geschieht, ist unwissenschaftlich: es handelt sich nicht um verschiedene, sondern um ein Institut, das in sich voll abgerundet ist und alle einzelnen Elemente zusammenfaßt. Ob dieses Institut bestimmt ist, im zukünftigen Recht fortzudauern, oder ob es seinen Höhepunkt überschritten hat und baldigst anderen Formen Raum geben wird, ist eine andere Frage; aber immerhin ist es eine Form, welche als geschichtliche Erscheinung ihre rechtliche Konstruktion verlangt, und diese hat sie im Obigen gefunden.

Natürlich ist nicht ausgeschlossen, vertraglich zu bestimmen, daß keine Nutznießung, sondern ein Nießbrauch eintreten solle[2]), der dann nach Auflösung der Ehe fortbesteht und die volle Eigenart des Nießbrauchs an sich trägt; aber dies ist im Zweifel nicht anzunehmen[3]), es kann auch, wenn der Nießbrauch die Ehescheidung überdauern soll, gegen die Ordnung des Rechts verstoßen, so daß die Bestimmung als sittenwidrig zusammenfällt.

IV. Diese Verfügungsnutznießung des Mannes ist ein Angebinde seiner Stellung als Ehemann; sie entsteht mit seiner Eigenschaft als Ehemann, sie hört mit der Ehescheidung und mit der Ehetrennung von selbst auf. Sie ist kraft des ehemännlichen Rechts selbstverständlich, bedarf keiner Eintragung ins Grundbuch und kann nicht ins Grundbuch

---

[1]) Über die Verfügungsnutznießung (Dispositionsnießbrauch) habe ich zuerst gehandelt in den Jahrb. f. Dogmatik 24 S. 187, später im Arch. f. ziv. Praxis 107 S. 258.

[2]) Über den Unterschied von Nutznießung und Nießbrauch vgl. RG. 18. Dezember 1908, JW. 38 S. 145.

[3]) Colmar 28. Oktober 1907, M. 15 S. 410.

eingetragen werden[1]): das Grundbuch ohne diese Eintragung ist in keinem Augenblick unrichtig[2]). Sie ist von der Stellung des Mannes nicht abzulösen und ist darum nicht Gegenstand der Veräußerung und Verwertung (§ 1408 BGB.); sie ist unbeschlagbar (§ 861 ZPO.), und wenn etwa (in beschränktem Maße) die Früchte beschlagnahmt werden können, so werden sie als neuerworbenes Vermögen des Mannes beschlagnahmt, nicht als Ausläufer der beschlagnahmten Nutznießung[3]). Sie besteht am Fraueneigentum, nicht am Eigentum eines Dritten; wird ein Stück des Frauengutes veräußert, so erlischt sie, ohne daß sich der Mann die Nutznießung daran vorbehalten kann (dies wäre keine Nutznießung mehr, sondern ein Nießbrauch, der dem Ehemann nicht zusteht); und ebenso muß bei der Bestellung eines Grundpfandes am Frauengut die ehemännliche Nutznießung zurücktreten; ebenso bei der Pfändung, sofern die Pfändung auch dem Ehemann gegenüber gilt („er die Vollstreckung zu dulden hat")[4]).

V. Dagegen ist eine Stellvertretung des Mannes in Ausübung seiner Nutznießung möglich, und zwar

1. kraft Vollmacht, jedoch nur soweit dies mit der ehelichen Stellung der Frau verträglich ist, also ohne ihren Willen nur teilweise, nicht für das Ganze;

2. als Vertretung durch den Vormund des Mannes im Falle seiner Geschäftsbeschränkung (§ 1409), doch kann § 1418 in Anwendung kommen. So auch wenn die Frau Vormünderin des (entmündigten) Mannes ist[5]).

---

[1]) KG. 23. Juli 1902, Entsch. f. G. III S. 161.

[2]) Im Reichsschuldbuch kann ein Vorbehalt gemacht werden; dann ist zu Anträgen die Zustimmung des Ehemannes erforderlich, § 14 des Reichsschuldbuchgesetzes (1891, 1910). Über Staatsschuldbuchgesetze vgl. a. 97 BGB.

[3]) Fällt der Mann in Konkurs und hört darum mit der Rechtskraft des Konkursbeschlusses die Nutznießung auf, § 1419, so fallen die bis zur Rechtskraft gezogenen Früchte nicht in den Konkurs, denn sie sind ein nach der Konkurseröffnung erworbenes Vermögen (§ 1 KO.); sie gehören dem Ehemann, dessen Nutznießung erst mit der Rechtskraft der Konkurseröffnung erlischt.

[4]) Welche Duldung nach den obigen wertrechtlichen Grundsätzen zu behandeln ist (S. 187).

[5]) KG. 21. Dezember 1903, M. 8 S. 344.

VI. Der familienrechtliche Charakter der Verfügungsnutznießung zeigt sich in folgendem:

1. Der Ehemann ist berechtigt, vom eingebrachten Gut Besitz zu ergreifen, auch gegen den Willen der Frau; er ist namentlich befugt, den Besitz der Frau durch Selbsthilfe zu brechen, denn das Verhältnis des Mannes zur Habe der Frau ist nicht das gewöhnliche Verkehrsverhältnis, sondern ein Verhältnis der Hausstandschaft, welches die Lebensgemeinschaft beider Ehegatten beherrscht[1]). Die Bestimmung des § 1373 BGB. will daher nicht etwa bloß sagen, daß der Ehemann Anspruch auf den Besitz habe, sondern daß er seinen Anspruch durch Selbsthilfe verwirklichen kann. Ein Verhältnis, wonach der Ehemann das Prozeßgericht anrufen müßte, um sich in den Besitz des Ehevermögens zu setzen, widerspräche allen Anschauungen des häuslichen Lebens[2]).

Der Besitz des Ehemannes erstreckt sich bei Wertpapieren auch auf die Kapitalpapiere, daher gilt § 1081 nicht, und an Stelle von § 1082 treten §§ 1391, 1392, wonach unter Umständen die Hinterlegung der Kapitalpapiere verlangt werden darf, aber nur, wenn Besorgnis der Gefährdung vorliegt.

Daß übrigens der unmittelbare Besitz des Mannes nicht ein Eigenbesitz, sondern ein Fremdbesitz ist und einen mittelbaren Besitz der Ehefrau nicht ausschließt, hätte nicht verkannt werden sollen[3]).

2. Der Ehemann kann über Gegenstände der Frau verfügen, soweit er damit ihre Verbindlichkeit erfüllt; denn er hat dafür zu sorgen, daß die Frau ihrer Verpflichtungen entledigt wird (§ 1376 Z. 3); dahin gehört auch der Fall des § 1376 Z. 2: er kann Forderungen der Frau zur kompensationsweisen Deckung der Schulden der Frau verwenden, auch zur Deckung eines auf dem Vermögen der Frau lastenden Wertrechts, z. B. einer Grundschuld[4]).

---

[1]) Vgl. oben S. 63.

[2]) Daß es anders ist, wenn die Ehegatten sich im Leben getrennt haben, so daß ein gemeinsamer Hausstand nicht mehr besteht, ergibt sich aus dem Obigen.

[3]) Vgl. Oertmann, Jahrb. f. Dogm. 44 S. 214.

[4]) Unrichtig Königsberg 20. Dezember 1905, M. 12 S. 305.

3. Die Rechte des einen oder anderen Ehegatten können durch das Vormundschaftsgericht erweitert werden. Wie im deutschen Rechte der Leibzüchter, wenn er nachwies, daß das Einkommen aus dem Leibzuchtvermögen für seinen Bedarf nicht ausreichte, kraft gerichtlicher Zustimmung Gegenstände daraus veräußern durfte, so kann der Ehemann die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts zur Verfügung über eingebrachtes Gut erlangen, wenn diese im Interesse der ordnungsmäßigen Verwaltung liegt und die Frau ihre Zustimmung versagt (§ 1379)[1]; und umgekehrt kann auch die Frau eingebrachte Gegenstände mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts veräußern, wenn die Besorgung ihrer persönlichen Angelegenheiten es verlangt (§ 1402), z. B. wenn sie Gelder bedarf, um sich einer notwendigen Kur oder Operation zu unterziehen oder eine Erholungsreise zu machen[2]. Das Vormundschaftsgericht fungiert hier als Ehegericht. Seine Entscheidung wirkt mit der Rechtskraft und ist daher mit der sofortigen Beschwerde angreifbar (§§ 53, 60 Z. 6 GfG.)[3]. Der Beschluß kann dem Geschäfte vorhergehen oder nachfolgen: es gelten analog die Bestimmungen über die Einwilligung des Ehegatten (§§ 1396, 1398).

4. Der familienrechtliche Charakter des Rechts zeigt sich auch darin, daß es nach verschiedener Richtung hin in das öffentliche Recht und in das Prozeßrecht eingreift: die Familie macht sich auch diese Gebiete dienstbar, wovon unten weiter zu handeln ist.

II. Einzelheiten.

1. Eigenart der Nutznießung.

§ 35.

I. Die Nutznießung steht dem Manne nicht an einzelnen Sachen zu, sondern an der Vermögensgesamtheit; daher gilt folgendes:

---

[1] Z. B. die Frau weigert sich, dem Mann zum Vorgehen gegen den Schwiegervater die Zustimmung zu geben, KG. 25. Mai 1903, M. 7 S. 47. Nicht aber wenn die Verwaltung des Ehemannes nur erleichtert werden soll, Oberstes LG. 13. Oktober 1900, M. 1 S. 383.

[2] Aber nur wegen persönlicher, nicht wegen vermögensrechtlicher Interessen, KG. 10. Dezember 1908, M. 18 S. 265.

[3] Vgl. Oberstes LG. 19. Juni 1912, M. 26 S. 268.

1. Jeder Ehegatte hat das Inventarisierungsrecht, ebenso wie bei einem Nießbrauch an einer Gesamtheit (§§ 1372, 1035).

2. Die Vermögensgesamtheit ist mit den auf ihr ruhenden Schulden belastet (§§ 1086, 1087, 1411, 1412), und der Nutzungsberechtigte selbst ist persönlich zur Zahlung der Zinsen und Renten des Nutzungsvermögens verpflichtet (§§ 1088, 1386, 1388).

3. Der Ehemann als Träger der Vermögensgesamtheit untersteht auch prozessualisch dem Angriff der Gläubiger dieses Vermögens (§§ 1086, 1411).

4. Die Vermögensgesamtheit unterliegt dem Ersatzprinzip in bezug auf bewegliches und in bezug auf unkörperliches, formlos übertragbares Gut[1]): hier gelten die gewöhnlichen Grundsätze des Ersatzes: das eine Gut macht dem anderen Platz und tritt an seine Stelle (Ersatz kraft Kontinuität)[2]). In bezug auf Haushaltungsgegenstände aber, d. h. auf Sachen der ständigen häuslichen Benutzung, gilt das Ersatzprinzip nicht nur kraft der Kontinuität des Erwerbstitels, sondern auch kraft der Kontinuität der Erwerbsgegenstände, d. h. diese treten an Stelle der von ihnen ersetzten Sachen ohne Rücksicht darauf, wie sie erworben worden sind (§§ 1381, 1382).

II. Das Sachenrecht ist nach Art des Nießbrauchs gestaltet, und zwar:

1. Die Sachfrüchte werden wie beim Nießbrauch mit der Trennung zu Eigentum erworben, so auch die über den ordentlichen Ertrag hinausgehenden Früchte, vorbehaltlich der Ausgleichung (§§ 1383, 1030, 954, 1039).

---

[1]) Wo eine Übertragungsform nötig ist, wie bei dem Erwerb des Anteils einer G. m. b. H., gilt der Satz nicht, weil dann die bei der Übertragungsform unentbehrliche Erklärung entscheidend ist, Breslau 21. November 1908, M. 18 S. 258.

[2]) Vgl. Zwölf Studien zum BGB. II S. 24f. Es heißt im § 1381: „mit Mitteln des eingebrachten Gutes“; an anderer Stelle heißt es: „durch ein Rechtsgeschäft, welches sich auf das betreffende Vermögen bezieht“. Beides ist gleich. Wenn man entgegenhält, daß der Gesetzgeber absichtlich verschiedene Wendungen gewählt habe, so verstößt man gegen die ersten Regeln der juristischen Methode, welche vom Willen des Gesetzgebers nichts weiß.

2. Für die Verwandlung der Nutzung in Früchte gelten die Grundsätze des Nießbrauches: wenn der Ehemann vermietet und verpachtet, so bestehen die Miet- und Pachtberechtigungen nicht nur für die Zeit der Nutznießung, sondern kraft Quasirechtsnachfolge auch für die spätere Zeit, vorbehaltlich der Kündigungsbefugnis des Eigentümers (§§ 1423, 1056)[1].

3. An verzinslichen Forderungen der Frau hat er das Recht, die Zinsen zu verlangen, auch die Amortisationen, bei Renten das Recht auf die Rentenbezüge (§§ 1383, 1073, 1074, 1076f.). Hat die Frau eine verzinsliche Forderung gegen den Mann, so zahlt er die Zinsen „an sich selbst".

4. Die Wald-, Bergwerks- und landwirtschaftliche Benutzung und die Benutzung des Grundstücksinventars richtet sich nach den Regeln des Nießbrauchs (§§ 1378, 1383, 1421, 1038, 1048, 1055, 591f).

5. Endlich finden Sicherungseinrichtungen statt, ähnlich wie beim Nießbrauch. So besteht

a) das Recht auf Inventar und Bestandbeschreibung (§§ 1034, 1035, 1372),

b) die Pflicht der Geldanlage (§§ 1377 mit 1079),

c) die Sicherstellung im Falle von Gefährdung: dem § 1051 entspricht § 1391, dem § 1082 entspricht § 1392. Dagegen findet keine Sequestration nach § 1052 statt, sondern hier tritt ein besonderes Verfahren ein, das später (S. 213) zu erörtern ist.

6. Ein wichtiger Unterschied der Nutznießung vom Nießbrauch ist aber, daß hier der Fehler, den das römische Recht gemacht hatte, vermieden wurde. Nach römischem Rechte gilt der Satz, daß, wenn verbrauchbares Vermögen in Ususfrukt kommt, der Ususfrukt zu einem Quasiususfrukt wird, d. h. die Sache in das Eigentum übergeht gegen Wertersatz. Eine solche Entstellung des Ususfrukt war dadurch veranlaßt, daß man den Dispositionsnießbrauch nicht

---

[1]) Es ist deshalb angemessen, zur Vorsicht die Frau zustimmen zu lassen, in welchem Falle sie für die Zukunft gebunden ist. Kündigt übrigens die Frau nach Lösung der Nutznießung nicht, so tritt sie völlig in das Pachtverhältnis ein: es kann ihr eine Frist gesetzt werden, um zu bestimmen, ob sie kündigt oder nicht, §§ 1383, 1056 BGB.

kannte. Nach dem Grundsatze des Dispositionsnießbrauches bleibt der Ususfruktuar Ususfruktuar und der Eigentümer Eigentümer auch an verbrauchbaren Sachen, aber der Ususfruktuar hat die Befugnis, über sie zu verfügen und sie zu veräußern. Dieses System hat das BGB. beim Nießbrauch nicht befolgt: es ist dem römischen Rechte verfallen (das Schweizer Recht nur teilweise). Was aber die eheliche Nutznießung betrifft, so hat man das richtige System der Verfügungsnutznießung angenommen, wonach der Ehemann auch an verbrauchbaren Sachen Ususfruktuar bleibt, aber sie zu veräußern berechtigt ist (§ 1376). Die Frau ist also nach wie vor Eigentümerin und kann nötigenfalls im Konkurs ihr Eigentum herausverlangen; der Mann aber kann kraft seiner Verfügungsnutznießung Gelder und verbrauchbare Sachen zu Eigentum übertragen, Gelder gegen Geld-, verbrauchbare Sachen (auch die Bestände eines Warenlagers) gegen Wertersatz (§ 1377).

7. Die Nutznießung des Ehemannes ist nicht nur Nutznießung an Einzelsachen, sondern Nutznießung an einem ganzen Vermögen, woraus folgt, daß der Nutznießer die Gläubiger dieses Vermögens beachten und ihnen gestatten muß, aus dem Vermögen ihre Befriedigung zu verlangen (§§ 1086f.), und daß die Frau als Eigentümerin es zulassen muß, daß man aus dem Vermögen die Befriedigungsmittel entnimmt (§§ 1376 Z. 3, 1411). Bei der Zwangsvollstreckung zu dem Zweck, um an diesem Vermögen ein direktes Wertrecht (Vollstreckungspfandrecht) zu erwerben, bedarf es eines vollstreckbaren Titels gegen die Frau, welcher in der Art auf den Ehemann miteingestellt ist, daß die Vollstreckung auch gegen ihn gerechtfertigt wird, daß er „zur Duldung der Vollstreckung verurteilt wird“ (§§ 737, 739 ZPO.)[1]. Soweit der Ehemann verbrauchbare Sachen verbraucht hat, können die Gläubiger den Ehemann für den Wert persönlich in Anspruch nehmen (§§ 1411, 1377, 1086); dies ist in der Art zum Ausdruck gekommen, daß die Gläubiger den Ersatzanspruch der Frau gegen den Mann pfänden können — eine ungenaue Ausdrucks-

[1]) Vgl. oben S. 186. Ganz verkehrt Hellwig, von dessen grundirrtümlichen Konstruktionen hier wie sonst ein für allemal abgesehen werden kann. Vgl. auch Jolly, Arch. f. ziv. Prax. 93 S. 473.

form: denn hiernach könnte die Frau den Gläubigern diesen Anspruch durch Zession entziehen, was nicht der Fall ist.

Daraus ergibt sich ferner, daß die Zinsschulden und die periodischen privatrechtlichen Vermögenslasten des Nutznießungsvermögens (einschließlich der Versicherungslasten)

a) auf dem Einkommen in der Art dinglich ruhen, daß die Gläubiger des Mannes nur unter Vorbehalt darauf greifen dürfen (§ 861 ZPO.),

b) daß sie zugleich zur Eigenverpflichtung des Mannes werden, für die er, soweit sie der Zeit seiner Nutznießung entsprechen (§ 103 BGB.), neben der Frau als Gesamtschuldner haftet (§§ 1386, 1388, 1088).

III. 1. Auf der Nutznießung ruhen aber nicht nur die Vermögenslasten, sondern auch die Familienlasten der Ehe, und zwar

a) die Familienlasten im allgemeinen (§ 1389),

b) die öffentlichen Lasten der Ehefrau, soweit sie nicht Vorbehaltsgutlasten und soweit sie nicht Lasten sind, die das Kapitalvermögen zu tragen hat (§ 1385)[1]), mithin insbesondere

α) die der Frau obliegenden Unterhaltspflichten (§ 1386),

β) die Kosten der Verteidigung der Frau, im bürgerlichen wie im Strafrecht, vor allem auch die Kosten eines Rechtsstreits der Frau, sofern sie nicht Vorbehaltsgutkosten sind (§§ 1387, 1416)[2]).

---

[1]) Auf den Stammvermögen ruhen die bei Herstellung einer Straße von den Hauseigentümern zu leistenden Anliegerbeiträge, ferner die Verpflichtung, bei Feststellung der Fluchtlinie Gelände abzutreten usw.; OVG. 3. Dezember 1908, Entsch. 53 S. 103; 18. November 1912, Entsch. 63 S. 315. Nach dem Wehrsteuergesetz vom 3. Juli 1913 § 14 ruht die Wehrsteuer auf dem Eigentum; das gleiche gilt von der Besitzsteuer nach dem Gesetze vom gleichen Tage § 17. Es kann aber im Ehevertrag etwas anderes bestimmt werden.

[2]) Dies gilt auch für Kosten eines Rechtsstreits der Frau gegen den Mann; daher hat dieser die Kosten einer Ehescheidungsklage vorzuschießen; RG. 12. November 1900, Entsch. 47 S. 72; RG. 9. Juli 1906, JW. 35 S. 560; Jena 27. Januar 1900 und Celle 15. Juni 1900, Seuffert 56 Nr. 29 und 252; Kiel 26. Januar 1900, Seuffert 55 Nr. 209; Karlsruhe 15. Dezember 1911, Bad. Rechtsprax. 1912 S. 13. Mit dem Augenblick, in welchem die Frau rechtskräftig abgewiesen ist, hört die Verpflichtung des Mannes auf, weitere

2. Die Lasten ruhen auf der Nutznießung

a) in dinglicher Weise: nicht nur die Ehefrau kann beanspruchen, daß diese Lasten aus dem Einkommen gedeckt werden, sondern auch die Gläubiger des Mannes können die Nutznießungsfrüchte erst nach Tilgung dieser Lasten in Anspruch nehmen (§ 861 ZPO.).

b) sie ruhen auf dem Ehemann als Nutznießer persönlich, wenigstens was die speziellen Lasten betrifft, in der Art, daß er den Gläubigern mit der Frau als Gesamtschuldner haftet; handelt es sich um öffentliche Lasten, so ist sein Verpflichtungstitel ebenfalls ein öffentlich-rechtlicher: insoweit wirkt das Privatrecht in das öffentliche Recht ein; ein starker Eingriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs in das öffentliche Recht des Reichs und der Einzelstaaten[1])! Ist allerdings im Ehevertrag bestimmt, daß der Ehemann die öffentlichen Lasten der Frau gegenüber nicht zu übernehmen hat, so schuldet er sie auch nicht gegenüber dem Staat, denn diese Schuld ist nur eine Folge der Übernahme der Last gegenüber der Ehefrau.

Kosten auf sich zu nehmen, Hamburg 11. Dezember 1906, M. 14 S. 222, Posen 14. Oktober 1907, M. 16 S. 210, denn jetzt ist es sicher, daß der Fall des § 1416 Abs. 1 („falls nicht der Mann sie zu tragen hat") nicht eintritt. Hat die Frau das Armenrecht, so bedarf sie des Kostenvorschusses nicht und kann ihn auch nicht verlangen, Celle 5. April 1907, M. 16 S. 210.

[1]) Enzyklopädie II S. 147, wo auch Literatur, vor allem Schultzenstein, Arch. f. bürg. Recht 29 S. 168 und 33 S. 187, JZ. 14 S. 646. Dies führt allerdings zur Folgerung, daß bei Mischehen der katholische Ehemann für die Kirchensteuer der evangelischen Frau aufkommen muß, und umgekehrt; allein der Grund liegt darin, daß er das Vermögen der andersgläubigen Frau in Nutznießung hat. Allerdings kann sich die Steuerbehörde auf den Standpunkt stellen, daß sie die steueramtlichen Betätigungen nur der Frau gegenüber auszuüben hat und daß dies genügt, um eine Verpflichtung zur Geltung zu bringen, die sich folgeweise auch auf den Mann erstreckt, vgl. OVG. 13. Oktober 1908, JZ. 14 S. 326; 29. Januar 1909, JZ. 14 S. 646; 14. Mai 1912, Entsch. des OVG.'s 61 S. 110. Dazu kommt die Möglichkeit, daß sich der Ehemann im Ehevertrag die Freiheit von den Lasten ausbedungen hat. Eigenartig ist, daß für die Wehr- und Besitzsteuer kraft des Gesetzes vom 3. Juli 1913 die Ehegatten als Gesamtschuldner für den ganzen Kollektivbetrag haften.

c) Die Lasten ruhen auf der Nutznießung und dem Ehemann meist endgültig, in gewissen Fällen allerdings nur aushilfsweise. Vgl. S. 202.

IV. Nach früherem Rechte konnte der Ehemann über das bewegliche Vermögen der Frau (über ihre Fahrnis) verfügen; so auch nach Preußischem Landrecht. Die neueren Gesetze beschränken ihn in der Art, daß er über eingebrachtes Gut, abgesehen von verbrauchbaren Sachen, wozu allerdings auch die Bestände eines Warenlagers gehören, regelmäßig nicht verfügen darf. Er ist daher in der Hauptsache auf Vermietung, Verpachtung und andere Gebrauchsüberlassungsverträge angewiesen. Zur Verfügung bedarf er regelmäßig der Zustimmung der Frau. Dies gilt von unverbrauchbaren Gegenständen aller Art, auch von Forderungen: er hat nicht die Befugnis, Forderungen der Frau einzuziehen und dafür zu quittieren, er hat nicht einmal die Befugnis, Zahlungsfristen zu gewähren[1]); was allerdings die Zinsen betrifft, so gilt für ihn das Recht des Nutznießers.

Eigentümlich aber ist folgendes: er hat das Recht, Ansprüche der Frau gegen Dritte prozessualisch zur Geltung zu bringen: er handelt dabei nicht als Stellvertreter, sondern im eigenen Namen und hat die Rolle eines Prozeßstandschafters (§ 1380). Da man aber dem Ehemann nicht eine zu große Macht einräumen wollte, so beschränkte man ihn seltsamerweise wie folgt: Geht der Prozeß günstig aus, so wirkt er für die Frau; geht er ungünstig aus, so braucht ihn die Frau sich nicht gefallen zu lassen. Um diese unerträgliche Lage zu beseitigen, hat der Gegner die Möglichkeit, die Frau in den Prozeß hineinzuziehen: er kann ihr den Streit verkünden mit der Wirkung, daß der Prozeß nunmehr auch sie betrifft. Dies ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber ergibt sich aus der Vernunft der Verhältnisse[2]); ebenso ergibt sich hieraus, daß die Frau die Entscheidung sich gefallen lassen muß, wenn sie zum Prozeß ihre Zustimmung gegeben hat[3]).

---

[1]) KG. 24. März 1909, M. 18 S. 262.

[2]) Im übrigen nimmt das RG. 24. Mai 1911, Entsch. 77 S. 34, an, daß das Begehren der Klage dahin zu stellen ist, daß (nicht an den Kläger, sondern) an die Frau zu leisten sei.

[3]) Unrichtig Breslau 1. Februar 1907, M. 18 S. 258.

V. 1. Der Ehemann hat für die Sorgfalt zu haften, für welche die Ehegatten untereinander haften müssen, nämlich für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten. Diese Sorgfalt bringt es mit sich, daß er, namentlich was die Geldbestände betrifft, nicht beliebig schalten, sondern womöglich dahin streben soll, das Vermögen der Frau zum fruchtbringenden Kapital zu gestalten; und wenn es sich um andere verbrauchbare Sachen handelt, so hat er dafür zu sorgen, daß ihr Wert ersetzt wird, alles, soweit nicht die Interessen des Haushaltes und die Interessen einer ordentlichen Verwaltung etwas besonderes verlangen (§ 1377). Die Anlegung soll, wenn nicht die Ehefrau zu etwas anderem zustimmt, eine mündelsichere sein; es gelten daher die Regeln, welche später über Anlegung von Mündelgut entwickelt werden. Natürlich kann mit Zustimmung der Frau das Vermögen im Geschäfte des Mannes angelegt werden, sei es als stille Gesellschaftsanlage, sei es als Darlehen, wobei wegen des Gewinnes oder der Zinsen das eine oder andere vereinbart werden kann[1]).

Zur sorgfältigen Verwaltung gehört auch die Versicherung der Vermögensstücke, wenn solche Versicherung üblich ist; den Versicherungsanspruch erwirbt dann die Ehefrau nach den Grundsätzen des Versicherungsrechts[2]).

2. Bedient sich der Mann eines Verwaltungsgehilfen, so haftet er für ihn, wie wenn er selbst gehandelt hätte (§ 278). Davon ist aber wohl der Fall zu unterscheiden, wenn der Mann in Ausübung seiner Verwaltung eine Dienstleistung bestellt oder eine Sache einem Dritten zur Benutzung ausgemietet hat: hier hört die Tätigkeit des Mannes mit der Bestallung oder Überlassung auf, und er haftet nur für die Sorgfalt in dieser Bestallung oder Überlassung.

3. Dieser Pflichtstellung entspricht auch das Recht der Frau auf Auskunftserteilung während und auf Rechenschaftsablegung nach Beendigung der Nutznießung (§§ 1374, 1421). Denn nach der Beendigung der Nutznießung hat sie das Vermögen als Ganzes zu beanspruchen[3]), wobei die Besonder-

---

[1]) KG. 8. Mai 1902, M. 5 S. 292.

[2]) RG. 8. April 1911, Entsch. 76 S. 133.

[3]) Frankfurt 21. November 1907, M. 16 S. 212.

heiten gelten, welche sich bei landwirtschaftlichen Gütern, Landgütern, aber auch bei Industrieunternehmungen gestalten, die vom zeitweiligen Benutzer an den Kapitaleigner herauszugeben sind (§ 1421). Dazu tritt das Recht eines jeden Teiles, ein Bestandverzeichnis errichten zu lassen, §§ 1372, 1035. Vgl. S. 193.

VI. 1. Das Recht des Ehemannes erlangt dadurch eine Steigerung, daß der Ehefrau die Verfügung über das sog. nackte Eigentum versagt wird (§ 1395), m. a. W. das Recht des Ehemannes dringt so weit, daß das Eigentum der Ehefrau ihrer Eigentumsverfügung entzogen ist[1]). Ein solches dingliches Recht eines Dritten, dahingehend, daß der Eigentümer die Sache nicht veräußern darf, kennt das deutsche Recht auch sonst; insbesondere gab es Pfandrechte, welche dem Eigentümer die Veräußerung zur rechtlichen Unmöglichkeit machten, und zwar nicht etwa in der Art, daß der Eigentümer nur unter Vorbehalt des Pfandes veräußern konnte, sondern in der Art, daß er überhaupt nicht zu veräußern vermochte[2]). Dies war wohl begründet, denn in vielen Fällen kann der dinglich Berechtigte ein lebhaftes Interesse daran haben, daß das Eigentum der Sache nicht in andere Hände übergeht, weil er sonst künftighin mit einem Dritten in Nutzungs- und Abrechnungsverhältnisse treten müßte.

2. Dieses Recht der Frau ist nicht nur aufgeschoben, sondern aufgehoben; sollte die Frau etwa das nackte Eigentum erst auf die Zeit hin veräußern, wenn die Sache an sie zurückfällt, so wäre die Veräußerung doch ungültig, denn auch hierdurch könnte die Stellung des Ehemannes erschüttert und sein Recht gefährdet werden (§ 1396).

3. Das Verfügungsverbot beginnt mit der Ehe; ist daher eine voreheliche Veräußerung von seiten der Frau noch nicht vollendet, so kann sie durch einen Akt während der Ehe nur mit Zustimmung des Ehemannes zu Ende gebracht werden, z. B. wenn eine Einigung über Grundstücksübereignung vor

---

[1]) Dies entspricht dem germanischen Recht; Kiesel, Bedeutung der Gewere des Mannes am Frauengut S. 70f. Vgl. Sachsenspiegel I 45 § 2, Blume von Magdeburg II 2 c. 140, Magdeb. Syst. Schöffenrecht IV, 1, 28.

[2]) Pfandrechtliche Forschungen S. 23f.

der Ehe stattfand, die Frau aber erst nach der Ehe die Eintragsbewilligung gibt (§§ 873, 878 BGB.)[1]).

4. Das Veräußerungsverbot gegen die Frau hat einige scheinbare und einige wirkliche Ausnahmen; eine Ausnahme liegt nicht vor, soweit Vermögen in Frage steht, das nicht in der Nutznießung des Ehemannes steht; das Verbot gilt also nicht

a) von dem anfallenden Erbvermögen, bezüglich dessen die Ehefrau bestimmen kann, ob es angenommen werden soll oder nicht: denn es ist noch nicht mit der Verfügungsnutznießung belastet (§ 1406 Z. 1 und 2 BGB.)[2]);

b) es gilt nicht vom Neuerwerb eines Vermögensgutes durch die Ehefrau, z. B. von der Entgegennahme der Auflassung eines Grundstücks[3]);

c) es gilt nicht von einer bereits begonnenen Prozeßführung, denn die Klage ist ein in sich abgeschlossenes Rechtsgeschäft, welches das Rechtsverhältnis des Prozesses ein für allemal bis zu Ende bestimmt (§ 1407);

d) es gilt auch nicht von Rechtshandlungen der Ehefrau gegenüber dem Ehemann, auch nicht von der Verteidigung ihrer Rechte gegen ihn, gegen seine Gläubiger und seine Rechtsnachfolger (§ 1407), denn dies ist Erhaltungshandlung, keine Verfügungshandlung. Dies auch dann, wenn die Frau durch betrügerische Geschäfte geschädigt worden ist[4]).

Eine wirkliche Ausnahme kann eintreten kraft Zustimmung des Vormundschaftsgerichts als Ehegericht (§ 1402) nach den oben (S. 192) entwickelten Grundsätzen.

5. Das Veräußerungsverbot gegen die Frau bezieht sich auf bewegliches und unbewegliches, körperliches und unkörperliches Vermögen; sie kann kein Grundstück auflassen oder belasten, sie kann auch keine Hypothek aufgeben und keine Löschungsbewilligung gewähren[5]), sie kann ebenso

---

[1]) KG. 19. Oktober 1908, Entsch. f. G. 9 S. 274.

[2]) Anders und fehlerhaft das Schweizer ZGB. a. 204.

[3]) KG. 30. November 1905, M. 12 S. 308; 5. September 1908, M. 18 S. 263.

[4]) Königsberg 14. Februar 1906, M. 14 S. 229.

[5]) KG. 8. April 1903, M. 7 S. 49.

keine Forderungen kündigen, einziehen oder aufrechnen, und ihr gegenüber ist die Aufrechnung nicht auszusprechen, sondern gegenüber dem Manne (§§ 1403, 1376).

6. Das Veräußerungsverbot wirkt auch im Gebiete des unbestimmten Wertrechts; denn

a) soweit Rechtsgeschäfte der Frau während der Ehe Schulden erzeugen, kann für diese Schulden kein Zugriff auf das eingebrachte Vermögen der Frau genommen werden (§ 1412).

Bei vorehelichen Schulden, welche auf dem Vermögen der Frau lasten, gilt natürlich etwas anderes[1]); ebenso auch für den Unrechtsverkehr: voreheliche Schulden der Frau belasten ihr eingebrachtes Gut schon darum, weil sie es als Gesamtheit mit Aktiven und Passiven einbringt; Deliktschulden und Quasideliktschulden der Frau[2]), Schulden aus Menschenhilfe, gesetzliche Unterhaltsschulden und Ausgleichungsschulden lasten auf dem eingebrachten Gut, aber allerdings anders als die vorehelichen Schulden: sie lasten nur aushilfsweise, d. h. vorbehaltlich der Ausgleichung durch das Vorbehaltsgut (§ 1415 BGB.), und dasselbe gilt von den Prozeß- und Verteidigungskosten; von den Prozeßkosten gilt es, falls der Prozeß nicht die Person der Frau oder das eingebrachte Gut selbst betrifft (§§ 1412, 1416), in welchem Falle die Haftung des eingebrachten Gutes endgültig ist; von Verteidigungskosten gilt es, falls die Frau verurteilt und dadurch ihre Verschuldung konstatiert wird (§ 1387); wird sie nicht für schuldig erklärt, so behält das eingebrachte Gut die Last und die Haftung ist eine definitive:

---

[1]) Vgl. oben S. 195. Ist dieses Gütersystem erst nach der Ehe durch Ehevertrag eingeführt, so ist voreheliches Vermögen in diesem Sinne natürlich das Vermögen, welches dem Inkrafttreten des Gütersystems vorhergeht.

[2]) Ausgenommen die Delikts- und Quasideliktsschulden, welche mit dem Vorbehaltsgut zusammenhängen, z. B. wenn das zum Vorbehaltsgut gehörige Pferd jemanden verletzt hat; es müßte denn sein, daß es sich um ein Erwerbsunternehmen der Frau handelt, das mit Zustimmung des Ehemannes betrieben wird (§ 1414): denn die Schulden dieses Erwerbsunternehmens lasten unbedingt auf dem eingebrachten Gut.

die unschuldige Frau ist durch das eingebrachte Gut verteidigt worden. Inwiefern die auf dem eingebrachten Gut liegende Last auf die Früchte dieses Gutes und dementsprechend auf den Ehemann umzulegen ist, ergibt sich aus dem obigen. Vgl. S. 196.

Schulden auf auffallender Erbschaft sind Schulden des eingebrachten Vermögens, auch wenn der Ehemann zur Annahme seine Zustimmung nicht gibt, denn diese Schulden beruhen nicht auf Rechtsgeschäften der Ehefrau, sondern auf erbrechtlichen Zuständen, auf welche die Frau nur indirekt einwirkt; ist allerdings die Erbschaft Vorbehaltsgut (§ 1369), so sind die Schulden Vorbehaltsschulden (§ 1461). Darum hat auch der Ehemann die Befugnis zu allen Sicherungsmaßregeln, welche die Rechtsordnung gegen die Haftung für Erbschaftsschulden aufstellt (§ 2008 BGB., § 218 KO., § 999 ZPO.): er ist zu diesen Sicherungsmaßregeln persönlich befugt.

b) Das Veräußerungsverbot tritt anspruchsrechtlich in der Art hervor (§ 1400 BGB.)[1]):

α) Eine Vindikation der Ehefrau über eingebrachtes Gut entbehrt der Aktivlegitimation, denn die Frau könnte nur das nackte Eigentum beanspruchen, und dieses ist ihr unzugänglich: ein Prozeß hätte weder für die Gegenwart noch für die Zukunft Bedeutung.

β) Ebenso verhält es sich mit einem Passivanspruch dinglicher Art, wozu es auch gehört, wenn im eingebrachten Gut ein Patentrecht enthalten ist und gegen dieses die Nichtigkeits- oder Verwirkungsklage angestrengt wird. Den Mangel der Aktiv- und Passivlegitimation hat natürlich das Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen[2]).

γ) Schuldansprüche können gegen die Ehefrau beliebig bestehen; inwiefern hierbei ein indirektes Wertrecht gegen das eingebrachte Gut begründet ist, ergibt sich aus dem obigen.

7. a) Die Veräußerungsbeschränkung ist nur relativ; die Zustimmung des Ehemannes hebt die Negative seines Rechtes auf. Für diese Zustimmung gelten die gewöhnlichen Sätze;

---

[1]) Vgl. RG. 26. November 1903, JW. 33 S. 62.

[2]) RG. 19. Dezember 1904, JW. 34 S. 81.

also bei einseitigen Rechtshandlungen der Frau muß sie vorhergehen, während sie bei zweiseitigen Rechtshandlungen auch in Gestalt nachträglicher Genehmigung erfolgen kann; und auch hier gilt die Befugnis ihres Vertragsgenossen, innerhalb zweier Wochen die Nachbringung der Genehmigung zu verlangen, und ferner seine Befugnis, zurückzutreten, wenn er die Eigenschaft der Frau als Ehefrau nicht gekannt hat oder wenn ihm die vorausgehende Zustimmung des Ehemannes vorgespiegelt worden ist (§§ 1396, 1397). Die Zustimmung hat den Charakter der Einwilligung, nicht den Charakter des Mithandelns: der Ehemann stimmt zu, aber er wirkt nicht mit und verpflichtet sich nicht.

b) Diese Relativität gilt auch in bezug auf das indirekte Wertrecht. Gibt der Mann seine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft der Frau, so gilt die Zustimmung auch als Zustimmung zum indirekten Wertrecht, welches die betreffenden Gläubiger kraft Vollstreckung am eingebrachten Gut erlangen können (§§ 1411, 1412), so daß der vollstreckbare Titel auf den Ehemann erstreckt werden kann (§§ 739, 794 ZPO.).

c) Die Zustimmung des Ehemannes zur Prozeßführung hat jedenfalls die Folge, daß das eingebrachte Gut für die Prozeßkosten haftet[1]), außerdem daß oben im Falle α und β der Mangel der Aktiv- und Passivlegitimation gehoben wird und die Anspruchsentscheidung somit das eingebrachte Gut trifft. Im Falle γ aber hat die Zustimmung des Mannes dieselbe Folge, wie eine Intervention: er muß die im Prozeß erfolgte Konstatierung der Verpflichtung der Frau anerkennen; die weitere Konstatierung aber, ob diese Verpflichtung in die Kategorie gehört, welche einen Vollstreckungstitel gegen den Mann gestattet, liegt in dem gegen die Frau erlassenen Urteil nicht, auch wenn der Mann dem Prozeß zugestimmt hat: vielmehr muß auf Grund dessen eine Feststellung in diesem Sinne erwirkt werden[2]), wenn nicht etwa der Mann eine vollstreckbare Urkunde im Sinne des § 794 Z. 5 ausstellt und

[1]) LG. Zwickau 19. April 1912, SächsArch. 7 S. 309.

[2]) Es handelt sich also um eine Feststellung, welche die Grundlage für die Erstreckung des Vollstreckungstitels bildet; insofern zutreffend Gaupp, Arch. f. ziv. Prax. 94 S. 328f.

damit einen vollstreckbaren Titel gegen sich schafft, welcher eine Vollstreckung gegen das eingebrachte Gut gestattet.

d) Die Zustimmung des Mannes bedarf keiner Form, nur daß in Grundstücksangelegenheiten und überall, wo eine Erklärung formell nachgewiesen werden muß, der Nachweis in der entsprechenden Weise (z. B. durch öffentliche Urkunde) zu erbringen ist (§ 29 GrundbO.)[1]). Dasselbe gilt auch von der Zustimmung zur Prozeßführnung[2]), § 80 ZPO. ist rechtsähnlich anzuwenden.

Dagegen ist die Zustimmung zum Erbantritt bedeutungslos: ist die Erbschaft eingebrachtes Gut, so haftet dieses in der oben angeführten Weise; ist es Vorbehaltsgut, so haftet das eingebrachte Gut nicht (§ 1413).

8. Mehr als solche Zustimmung liegt vor, wenn der Mann ein selbständiges Gewerbe der Frau zuläßt, sei es ausdrücklich, sei es dadurch, daß er dem ihm bekannten tatsächlichen Betrieb keinen Einspruch entgegensetzt. Die Folge ist

a) daß in Geschäftssachen die Frau über das ganze eingebrachte Gut, bewegliches und unbewegliches, körperliches und unkörperliches mit voller Wirkung verfügen kann;

b) daß für alle Schulden des Unternehmens, seien es Vertragsschulden, seien es Schulden aus Quasidelikten, wie z. B. Tierschaden, ein indirektes Wertrecht an dem eingebrachten Gut erwächst (§§ 1405, 1414), daß daher Rechtsstreitigkeiten, die hieraus gegen die Frau geführt werden, einen vollstreckbaren Titel gegen das eingebrachte Gut gewähren (§ 741 ZPO.). Denn die Frau als Gewerbetreibende soll einen Freipaß haben für ihr ganzes Vermögen, soweit sie geschäftlich tätig ist[3]).

c) Die Zustimmung ist jederzeit widerruflich. Einspruch und Widerruf erfolgen in der Form einer Eintragung ins Güterrechtsregister (§§ 1405, 1435), und zwar in das Güterrechtsregister am Wohnsitz des Mannes (§ 1558), außerdem am Orte der Handelsniederlassung, wenn die Handelsfrau ihr Gewerbe anderswo betreibt (a. 4 EG. zum HGB., § 11 a GewO.).

---

[1]) KG. 29. Februar 1904, M. 8 S. 333.

[2]) RG. 6. Februar 1911, JW. 40 S. 367.

[3]) Hier ergibt sich eine Reihe prozessualischer Probleme, welche ich demnächst in meinem Lehrb. des Zivilprozesses behandeln werde.

Die Einwilligung kann auch auf Vertrag beruhen, der aber die Möglichkeit des Widerrufs nicht ausschließt: ein solcher Vertrag hat nicht den Charakter eines Ehevertrages[1]).

d) Die Einwilligung ist ein Akt, der im ganzen oder gar nicht erfolgt; irgendwelche Vorbehalte und Beschränkungen sind ebenso unwirksam, wie bei handelsrechtlichen Instituten: denn sie widersprächen der Natur einer solchen Außenstellung, die etwas Ganzes und Ungeteiltes sein muß.

e) Das Gesagte gilt auch, wenn die Frau mit Einwilligung des Mannes bei einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft eingetreten ist[2]). Natürlich ist der Widerruf der Zustimmung ein Grund für die Gesellschaft, die Frau auszuschließen. Was aber die Fortdauer der Haftung gegenüber den Gläubigern betrifft, so müssen die handelsrechtlichen Bestimmungen den güterrechtlichen vorgehen.

9. Aus dieser Relativität ergibt sich die Folge, daß nicht selten das Frauenvermögen für den einen Gläubiger mit dem indirekten Wertrecht belastet ist, für den anderen nicht, was im Konkurs der Frau zu verwickelten Zuständen führt, über welche anderweitig gehandelt worden ist[3]). Jedenfalls hat der Ehemann bei dem Konkurs gegen die Frau das eingebrachte Gut dem Konkursverwalter zu übergeben, der für die Gläubiger, für welche es haftet, den Konkursbeschlag zur Geltung bringt: der Konkursbeschlag dieser Gläubiger belastet das Frauengut, und der Konkursverwalter handelt als Vertreter (auch) dieser Gläubiger[4]).

10. Die Eigenschaft einer Ehefrau als Ehefrau pflegt so allgemein bekannt zu sein, daß ein entschuldbarer Irrtum darüber selten ist. Die Beschränkung der Ehefrau wirkt daher auch dem gutgläubigen Dritten gegenüber: sein guter Glaube kommt insofern nicht in Betracht, als er die Ehefrau-

---

[1]) Vgl. unten S. 217, 222.

[2]) Dresden 28. Januar 1902, M. 4 S. 341. Nicht bei einer stillen Gesellschaft, wo sie nur als Einschußkapitalistin beteiligt ist.

[3]) Leitfaden des Konkursrechts S. 112. Vgl. auch RG. 4. April 1910, Entsch. 73 S. 238.

[4]) Hat ein Gläubiger dem Ehemann gegenüber einen vollstreckbaren Titel oder eine urteilsmäßige Feststellung über die Haftung des eingebrachten Gutes, so gilt dies auch im Konkurs, RG. aaO.

eigenschaft der Frau nicht gekannt hat; § 932f. findet insofern keine Anwendung (§ 1404). Die hier eintretenden Mißlichkeiten werden einigermaßen beglichen durch die Schlüsselgewalt. Außerdem gilt § 1397 (oben S. 204).

11. Die Beschränkung der Ehefrau ist Beschränkung in der Verfügung, nicht Beschränkung in Verpflichtungsgeschäften, worin eine Verfügung versprochen wird. Hat die Frau eine Verfügung versprochen, so ist es ihre Sache, wie sie sich der Verpflichtung entledigt (§ 1399 BGB.)[1]). Ebenso kann die Ehefrau beliebig Schulden machen, welche aber auf das eingebrachte Vermögen nicht zu vollstrecken sind; sie kann auch, wenn sie Schulden gemacht hat, kündigen oder Erfüllungsgeschäfte abschließen, soweit sie sich nur nicht am Aktivvermögen des eingebrachten Gutes vergreift. Will jemand auf solche Forderung eines Dritten gegen die Ehefrau greifen und sie beschlagnahmen, so bedarf es des Ehemannes nicht[2]).

VII. 1. Die aus der Verfügungsnutznießung hervorgehenden passiven Verhältnisse des einen Ehegatten gegenüber dem anderen sind nicht in ihrer Vereinzelung zu fassen; sie bilden, dem fortdauernden Verhältnis entsprechend, ein Gewebe gegenseitiger Aktiv- und Passivposten, ähnlich dem Kontokurrent, so daß erst bei gewissen Ereignissen eine Saldierung stattfindet und eine vollendete Forderung des einen gegen den anderen entsteht.

Eine solche Saldierung erfolgt bei der Lösung der Gemeinschaft; mitunter auch schon vorher, wenn nämlich das eingebrachte Gut von Dritten angegriffen wird und daher postenmäßig bereinigt werden muß (§§ 1394, 1411). Vor-

---

[1]) So wenn die Ehefrau Pacht- oder Mietverträge über eingebrachtes Gut abschließt; wenn der Mann diese nicht anerkennt, so können sie so viel und so wenig vollzogen werden, wie wenn die Frau fremde Grundstücke verpachtet hätte, RG. 22. März 1904, Entsch. 58 S. 37. Kommt die Miete in Vollzug, so hat sie das übliche Mietpfandrecht, RG. 25. April 1902 und 24. Oktober 1902, Entsch. St. 35 S. 202 u. 402; eine Kündigung mit sachlicher Wirkung hat dann natürlich nur der Mann. Mietet die Frau ohne Zustimmung und bringt sie eingebrachte Vermögensstücke in die Wohnung, so entsteht ein Mietpfandrecht des Vermieters nicht.

[2]) Vgl. RG. 6. Juni 1910, Entsch. 74 S. 51 (JW. 39 S. 755).

her kann kein Ehegatte den anderen auf derartige Leistungen belangen. Natürlich gilt dies nicht für Ansprüche, welche nicht zur Vermögensauseinandersetzung gehören, sondern aus den Pflichten der Ehe hervorgehen: die Ansprüche auf Unterhalt, auf gute Verwaltung des eingebrachten Gutes, auf Auskunftserteilung sind keine Auseinandersetzungsansprüche[1]). Die Auseinandersetzung kann auch zu einem jus tollendi, zur Wegnahme von Einrichtungen führen.

2. Die Saldierung ist eine Ausgleichungssaldierung; ein Eintritt des zahlenden Ehegatten in die Rechte am eingelösten Gute, z. B. ein Eintritt in die Hypothek für die bezahlte Schuld, findet nicht statt, es müßte denn sein, daß darüber besondere geschäftliche Abmachungen gepflogen wurden.

3. Zu diesen Ausgleichungen gehört insbesondere der Wertersatz, den das eingebrachte Vermögen dem Vorbehaltsgut und umgekehrt leisten muß, wenn das eine für das andere Opfer gebracht hat.

So namentlich dann, wenn vom Vermögen des Ehemannes oder vom eingebrachten Gute aushilfsweise Leistungen gemacht worden sind; dies kann in dreifacher Weise geschehen:

a) der Ehemann selbst hat aus seinem Vermögen, namentlich aus den Erträgnissen der Nutznießung, Leistungen gemacht, die auf das Vorbehaltsgut entfallen (§§ 1387, 1416);

b) das eingebrachte Gut hat Leistungen gemacht, die auf das Vorbehaltsgut fallen (§ 1415), in welchem Falle der Ehemann wegen der entbehrten Zinsen und Früchte Ersatz verlangen kann;

c) der Ehemann hat aus seinem Vermögen Leistungen gemacht, welche auf das Kapital des eingebrachten Gutes fallen (§ 1390 BGB.).

4. Im übrigen können unter den Ehegatten gewöhnliche Verbindlichkeiten aller Art entstehen[2]); Rechtsgeschäfte

---

[1]) Das BGB. § 1394 glaubte dies noch besonders sagen zu müssen; es traute hier wie sonst dem Richter und dem Publikum gar zu wenig zu.

[2]) RG. 29. Januar 1912, Entsch. 78 S. 207.

unter ihnen über das eingebrachte wie über das Vorbehaltsgut sind in jeder Weise statthaft. Die Frau kann eingebrachtes Gut an den Mann verkaufen, sie kann ihm ein Darlehen geben usw.

Solche Geschäfte unterliegen der Beschränkung des § 1394 nicht, sie enthalten auch keine Änderung des Ehevertrages. Die Beschränkungen des C. Nap. a. 1478, 1595 gelten bei uns nicht: der Gedanke der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Frau hat sich längst weitergebildet und die Entwicklung ist über die alten Vorstellungen hinausgegangen[1]).

2. Eingebrachtes und Vorbehaltsgut.

§ 36.

I. Das System der Verfügungsnutznießung hat mit dem mittelalterlichen Dotalsystem das gemeinsam, daß neben dem Nutznießungsvermögen Eigenwirtschaftsvermögen (Vorbehaltsgut) vorhanden sein kann. Es unterscheidet sich aber von ihm durch die Umkehrung der Verhältnisse: bei dem Dotalsystem bedarf es einer Charakteristik des Vermögens als Dotalvermögen, um es in Nutznießung zu bringen; bei der Verfügungsnutznießung aber ist, abgesehen von Ausnahmen, alles von selbst Nutznießungsvermögen, und wenn Vermögen Eigenwirtschaftsgut sein soll, so muß es regelmäßig im Ehevertrag besonders vorbehalten sein (daher Vorbehaltsgut), sei es sofort, sei es durch einen Nachvertrag dazu[2]). Doch gibt es auch gesetzliches Vorbehaltsgut.

II. Ob ein Grundstück Vorbehaltsgut, ob eingebrachtes Gut ist, hat das Grundbuch nicht auszudrücken; darüber ist deshalb kein Vermerk einzutragen[3]). Ein Vermerk im Güterrechtsregister aber ist nötig, soweit durch Ehevertrag bebesonderes Vorbehaltsgut begründet worden ist (§ 1368)[4]).

---

[1]) Über die Verhältnisse bei der Gütergemeinschaft vgl. unten S. 262. Unrichtig Karlsruhe 13. Dezember 1909, Bad. Rechtsprax. 1911 S. 205.

[2]) Dieser bedarf also der Ehevertragsform, vgl. Braunschweig 7. Februar 1913, M. 26 S. 218.

[3]) Hamburg 24. August 1904, Entsch. f. G. 4 S. 261. Vgl. unten S. 264.

[4]) Vgl. darüber unten S. 226.

III. Gesetzliches Vorbehaltsgut ist

1. das Persönlichkeitsvermögen der Ehefrau, d. h. was zu ihrem höchst persönlichen Gebrauch bestimmt ist (die deutschen Gerade); aber auch was zur Ausstattung eines ihr gehörigen Gewerbes gehört (Arbeitsgerät im allerweitesten Sinne, § 1366 BGB.);

2. alles, was die Ehefrau kraft ihrer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit (nicht als Organ des Hausstandes) erwirbt (§ 1367)[1].

3. das Freigebigkeitsvermögen, also das ihr durch Freigebigkeit zugewendete Gut, wenn der Titel der Freigebigkeit es als Vorbehaltsgut erklärt, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, sei es durch besondere, sei es durch allgemeine Bestimmung, nach den im Lehrbuch II S. 231 entwickelten Grundsätzen (§ 1369)[2]. Daher namentlich auch Forderungen, Wertpapiere, welche der Frau in dieser Weise zugewendet werden. Und da die Bestimmung des Schenkers auf allgemeiner Rechtsmacht beruht, so besteht sie zu Recht, auch wenn sie vor der Ehe mit Rücksicht auf eine künftige Ehe erfolgt.

Ferner ist Vorbehaltsgut

4. das Ersatzvermögen im engeren und weiteren Sinne (§ 1370 BGB.) nach den I S. 479f. entwickelten Grundsätzen: was mit Vorbehaltsgut erworben worden ist, wird wieder Vorbehaltsgut.

5. Höchst persönliche Rechte, welche nicht in die Nutznießung übergehen können, gehören dem Vorbehaltsgut an, z. B. der unübertragbare Anspruch auf Schmerzensgeld[3]); ebenso auch die autorrechtlichen Schöpfungen der Frau[4]),

---

[1]) Schatzerwerb ist Errungenschaft, aber kein Arbeitserwerb.

[2]) Dies gilt vor allem auch von der Aussattung, RG. 24. Okt. 1912, Entsch. 80 S. 217.

[3]) Vgl. KG. 19. Dezember 1908, 16. März 1911, M. 18 S. 75 und M. 23 S. 409, RG. 29. Mai 1911, JW. 40 S. 654; unrichtig Naumburg 11. Januar 1909, M. 18 S. 257, und Kiel 29. Januar 1908, M. 18 S. 75. Daß der Ehemann insoweit, als er durch Verletzung der Frau selbst Schaden erleidet, z. B. wegen seiner Unterhaltspflicht, auch von sich aus eine Schadenersatzforderung hat, versteht sich von selbst, RG. 27. Juni 1913, Hess. Rechtspr. 1912 S. 241.

[4]) Urheberrecht an Schriftwerken S. 461. Vgl. auch unten S. 246, 270.

nicht so die patentierte Erfindung. Persönliche Rechte sind auch die Befugnis des Schenkungswiderrufs und die Befugnis, den Pflichtteil zur Geltung zu bringen; alles dies steht bedingungslos und ausschließlich der Ehefrau selbst zu.

6. Ein Versicherungsgeschäft über eingebrachtes Gut gehört zum eingebrachten Gut, ein Versicherungsgeschäft über Vorbehaltsgut gehört zum Vorbehaltsgut; jedenfalls wird die Ehefrau Versicherungsgläubigerin[1]).

IV. Zu 1 und 2 ist zu bemerken:

Zu 1. Das Persönlichkeitsvermögen (die Gerade) kann die Frau mit in die Ehe bringen, sie kann es während der Ehe erwerben, insbesondere

a) kraft freigebiger Zuwendung von dritter Seite,

b) kraft Zustimmung des Ehemannes oder

c) kraft der der Ehefrau zustehenden Schlüsselgewalt; so wenn die Frau sich mit dem Schlüsselgeld ein Kleid anschafft: hier kann § 181 BGB. nicht zutreffen, denn die Sache wird nicht Gerade durch Rechtsgeschäft, sondern durch tatsächliche Widmung, wozu die Frau kraft der Schlüsselgewalt berechtigt sein kann.

Zu 2. Der Arbeitserwerb der Frau kann sein

a) Arbeitserwerb durch einzelnes Rechtsgeschäft,

b) Arbeitserwerb durch Tätigkeit in einem fremden Unternehmen; ein solcher liegt auch dann vor, wenn die Ehefrau im Geschäfte des Mannes gegen Bezahlung arbeitet[2]);

c) Arbeitserwerb im eigenen Erwerbsunternehmen, das im Namen der Ehefrau betrieben wird (§ 1367). In diesem Falle ist das Unternehmen ein Unternehmen der Frau; es kann auch als solches veräußert werden.

Hiervon gilt noch das weitere:

Treibt die Frau ein Unternehmen für sich, so kann sie ohne Zustimmung des Mannes das eingebrachte Gut nicht seiner Herrschaft entziehen und zum Vorbehaltsgut machen;

---

[1]) Die Versicherung hängt mit dem versicherten Gegenstand zusammen, vgl. Dernburg-Kohler VI S. 434. Vgl. auch RG. 8. April 1911, Entsch. 76 S. 130, und RG. 12. November 1909, Entsch. 72 S. 166.

[2]) RG. 8. Oktober 1906, Entsch. 64 S. 323, und RG. 28. April 1910, Entsch. 73 S. 309.

stimmt er aber dem Unternehmen zu, so ist das ganze Vermögen, das mit seiner Zustimmung zum Geschäftsvermögen wird, von nun an Vorbehaltsgut. Einseitige Handlungen Dritter, welche das Geschäft betreffen, sind Handlungen gegenüber dem Vorbehaltsvermögen, sie haben daher gegenüber der Frau zu erfolgen (§ 1405). Wollte der Ehemann derartiges Vermögen dem Unternehmen beliebig entziehen, so stünde dies mit seiner zustimmenden Erklärung in Widerspruch. Auch würde es zu den größten Verwirrungen führen, wenn das in dem Unternehmen erworbene Vermögen Vorbehaltsgut wäre, dagegen nicht die Erwerbskräfte des Unternehmens, welche doch die Grundlage des Ganzen bilden.

Man könnte allerdings behaupten, daß die Erwerbskräfte des Unternehmens nur zeitweise und bedingt Vorbehaltsgut wären, solange der Mann die Zustimmung nicht zurücknimmt, und daß er sie bei Rücknahme der Zustimmung wieder in seine Nutznießung zurückverlangen könne[1]). Hiergegen ist zu sagen: ein Verbot des Weiterbetriebs wirkt nur für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit: was Vorbehaltsgut geworden ist, bleibt Vorbehaltsgut. Möglicherweise kann auch die Frau so viel Kredit finden, daß sie ohne Zustimmung des Mannes das Geschäft betreibt; in diesem Falle waltet sie mit dem Vorbehaltsgut und für das Vorbehaltsgut, denn es ist Gegenstand ihres eigenkreditmäßigen Wirkens. Der Ehemann kann ihr den Betrieb nur insofern verbieten, als er ihr die eigene Häuslichkeit dazu nicht einräumt, und auch dies kann als Mißbrauch seiner Gewalt gelten und darum unzulässig sein. Die Rechtsordnung muß die Erwerbstätigkeit der Frau fördern, nicht hemmen.

Und bringt die Frau ein Erwerbsunternehmen bereits in die Ehe, so ist es, als Unternehmensganzes, selbstverständlich Vorbehaltsgut, und der Ehemann darf es nicht an sich nehmen und sich nicht einmischen[2]). Eine Übertragung des Unternehmens an den Mann ist natürlich nicht ausge-

---

[1]) Vgl. über diese Verhältnisse am gründlichssten Wieruszowski, Handbuch des Eherechts II S. 263f., 280f. Vgl. auch Dresden 27. Januar 1904, M. 9 S. 148, KG. 29. März 1906, M. 16 S. 401, Rostock 29. März 1912, Seuff. 67 S. 283.

[2]) RG. 29. September 1904, Entsch. 59 S. 26.

schlossen, aber dann handelt es sich um eine Übertragung zu Eigentum oder Nießbrauch, nicht um eine Umwandlung in eingebrachtes Gut[1]). Auch eine Funktion des Mannes als Handelsgehilfe, als Prokurist der Frau usw. ist möglich, aber dies sind handelsrechtliche, keine familienrechtlichen Verhältnisse.

V. Hat die Ehefrau Vorbehaltsvermögen, so kann sie beitragspflichtig werden für die Ehelasten, soweit der Nutzen des eingebrachten Gutes nicht bereits eine genügende Zubuße darstellt. Der Beitrag ist eine familienrechtliche Pflicht, welche vollkommen der Beitragspflicht bei der Gütertrennung entspricht und ihren Regeln folgt (§ 1371). Vgl. S. 232.

3. Aufhebung.

a) Allgemeines.

§ 37.

I. Die Verfügungsnutznießung endigt normal mit der Ehescheidung und Ehetrennung. Sie kann auch noch aus besonderen Gründen endigen,

1. willkürlich kraft Ehevertrages, der bei uns auch während der Ehe möglich ist, in welchem Falle an Stelle des gesetzlichen Gütersystems das vereinbarte tritt; sie kann ferner

2. endigen wegen Gefährdung des Ehefrauenvermögens, sei es von selbst, sei es kraft Kündigung, in welchem Falle an Stelle des gesetzlichen Gütersystems die Gütertrennung tritt. Die Kündigung gehört zu jenen Kündigungen, welche durch gestreckten Rechtsakt vor Gericht erfolgen: durch Klage und Fortsetzung des Prozesses bis zum rechtskräftigen Urteil. Das Urteil hat wie sonst feststellenden Charakter, es kann daher durch eine einstweilige Verfügung nicht ersetzt werden[2]).

II. Die hierdurch eingetretene Gütertrennung gibt möglicherweise einer Wiedereinstellung der Verfügungsnutznießung Raum; eine solche kann erfolgen

---

[1]) Vgl. Darmstadt 19. Februar 1913, Hess. Rechtspr. 1914 S. 259.

[2]) Darmstadt 22. November 1901, Entsch. f. G. III S. 31.

1. durch Ehevertrag oder

2. durch einseitiges Wiedereinstellungsbegehren des Ehemannes, zu dem er unter Umständen kraft des familienrechtlichen Verhältnisses befugt ist; welches Wiedereinstellungsbegehren ebenfalls durch gestrecktes Rechtsgeschäft, also durch Klage mit darauffolgendem bestätigenden Urteil erfolgt.

III. Bei dem gestreckten Rechtsgeschäft tritt in beiden Fällen der Erfolg erst mit der Rechtskraft des Urteils ein, wohl aber ist in beiden Fällen der Beklagte schuldrechtlich verpflichtet, soviel herauszugeben, was er herausgeben müßte, wenn die Wirkung des Urteils bereits mit der Rechtshängigkeit eingetreten wäre (§§ 1422, 1425 BGB.)[1]).

IV. Die erfolgte Gütertrennung ist ins Güterrechtsregister einzutragen, nicht als ob die Trennung erst dadurch zur Vollendung gelangte, wohl aber in dem Sinne, daß sonst zugunsten des gutgläubigen Dritten (dem die erfolgte Gütertrennung noch unbekannt war) eine doppelte Rechtsordnung entsteht, d. h. er die Wahl hat, behandelt zu werden, als ob die Gütertrennung noch nicht erfolgt wäre (§§ 1431, 1435); worüber unten S. 230 weiteres zu erörtern ist.

Dasselbe gilt auch für den Fall der Wiedereinstellung; auch diese ist in das Güterrechtsregister einzutragen mit den gewöhnlichen Folgen.

V. Die Gütertrennung tritt mit Lösung der Ehe oder mit der Ehetrennung von selbst ein[2]), der Eintragung in das Güterrechtsregister bedarf es nicht: das Register gilt nur für Ehegatten, nicht für Nichtehegatten; es gilt nur für Ehegatten mit lebender, nicht mit toter Ehe, da ja durch Ehetrennungsurteil das Ersterben der Ehegemeinschaft öffentlich zum Ausdrucke kommt.

---

[1]) Dies erleidet in einem Falle eine Ausnahme; tritt die Gefährdung noch nicht im Augenblick der Klageerhebung, sondern erst während des Prozesses ein, so ist zwar der Kündigung stattzugeben, vgl. RG. 16. Februar 1911, Warn. 1911 Nr. 246; aber die schuldrechtliche Ausgleichung ist nicht auf den Augenblick der Klage zurückzubeziehen, sondern auf den Augenblick, an welchem die Kündigung berechtigt war.

[2]) Vgl. Hamburg 27. Mai 1905, M. 11 S. 285.

Da in solchen Fällen die Gütertrennung von selbst stattfindet, so hat es eigentlich keinen Sinn, ein eingeleitetes Gütertrennungsverfahren fortzusetzen, wenn unterdessen die Ehe selbst gelöst wird. Doch hat die Erledigung des Gütertrennungsverfahrens trotzdem eine Bedeutung wegen der eben erwähnten schuldrechtlichen Ausgleichungswirkung, welche im Ehescheidungsverfahren keine Analogie hat[1]).

b) Einzelnes.

§ 38.

I. 1. Im Falle der Gefährdung des Frauenvermögens durch Mißwirtschaft hat die Ehefrau (ähnlich wie bei dem Nießbrauch, § 1052) das Mittel, Sicherstellung zu verlangen. Einzelne Unregelmäßigkeiten sind aber noch keine Gefährdung: man darf nicht leichthin in die Stellung des Ehemannes eingreifen[2]). Andererseits bedarf es auch nicht eines Verschuldens des Ehemannes; es genügt, wenn er aus Unfähigkeit und Unwirtschaftlichkeit in Verfall kommt. Das Recht auf Sicherstellung kann, falls die Sicherheit nicht geleistet wird, zur einstweiligen Verfügung führen[3]); als Mittel der Sicherstellung kann Hinterlegung der Inhaberkapitalpapiere (nicht Zinsscheine) oder Umwandlung in Buchforderung dienen (§§ 1392, 1393). Vgl. S. 191.

2. Dagegen kann das Recht auf Sicherstellung nicht wie bei dem Nießbrauch in eine dauernde Sequestration einmünden, welche eine ständige Einmischung eines Dritten in die Ehe zur Folge hätte. Vielmehr kann die Frau

a) im Falle der Nichtsicherstellung die Verfügungsnutznießung kündigen,

b) sie kann es auch tun, ohne vorher Sicherstellung zu verlangen, denn die Erhaltung des Frauenguts ist ein besonderes soziales Interesse.

3. Von selbst erlischt die Nutznießung, wenn solche Verhältnisse entstehen, daß eine Fortdauer der ehemännlichen Verwaltung ausgeschlossen ist, mithin die Nutznießung nicht

---

[1]) RG. 3. Dezember 1908, Entsch. 70 S. 61 (JW. 38 S. 51).

[2]) RG. 8. Februar 1907, Entsch. 65 S. 172, und RG. 5. Juli 1909 und 30. März 1911, JW. 38 S. 497 und 40 S. 544.

[3]) RG. 2. Juni 1902, Gruchot 46 S. 951.

mehr eine Begleiterscheinung der Hausgewalt sein könnte; so bei Konkurs des Ehemannes, so auch bei Todeserklärung, in welchem Falle ja kraft doppelter Rechtsordnung sein Vermögen an die Erben fällt (§§ 1419, 1420).

4. Sodann erlischt sie kraft Kündigung der Ehefrau:

a) wenn die Lage des Ehemannes eine Verwaltung durch einen Sequester oder durch einen Vormund oder Pfleger erheischen würde: eine solche Einwirkung eines Dritten widerspricht, wie bemerkt, dem Charakter der ehemännlichen Nutznießung und stört die Einheit des Hauses;

b) wenn der Ehemann schuldhafterweise die Einkünfte der bestimmungsmäßigen Verwendung entzieht, also wenn er der Frau und den Kindern der Ehe nicht denjenigen Unterhalt gewährt, welcher nach den Einkünften des eingebrachten Gutes zu erwarten steht (§§ 1389, 1418);

c) in dem obigen Falle der Gefährdung des Frauengutes (§ 1418).

II. Ist der Verlust der Verfügungsnutznießung ohne Verschulden des Ehemannes erfolgt, so spricht nach Wegfall der Umstände die Billigkeit für die Wiedereinstellung; denn er erleidet durch Aufhören der Nutznießung einen oft beträchtlichen Nachteil, für dessen Fortdauer jetzt keine genügenden Gründe sprechen. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Entziehung wegen Entmündigung stattfand und der Entmündigungsbeschluß vernichtet oder die Entmündigung nachträglich aufgehoben wird, und ebenso dann, wenn die Todeserklärung sich als materiell ungerechtfertigt herausgestellt hat. Dagegen ist es nicht der Fall bei Aufhebung des Konkurses, weil der Konkurs eine mangelhafte wirtschaftliche Eigenschaft des Mannes dartut; was Grund genug ist, ihm auch ferner das Frauenvermögen zu entziehen, wenn die Frau es ihm nicht kraft neuen Ehevertrags zuwenden will.

III. Die Wiedereinstellung ist eine Wiedereinstellung ex nunc; es ist nicht etwa so, als ob die Verfügungsnutznießung niemals verloren gewesen wäre; dies gilt selbst im Falle der kraft Anfechtung vernichteten Entmündigung. In der Zwischenzeit hat also die Gütertrennung mit all ihren Folgen bestanden; doch soll die jetzige Verfügungsnutznießung auf der Basis der früheren beruhen: was nach dem früheren

Stande Vorbehaltsgut war, wird wieder Vorbehaltsgut; ebenso, was Vorbehaltsgut sein würde, wenn das gesetzliche Gütersystem weiter bestanden hätte (§ 1425).

C. Vertragsmäßige Gütersysteme.

(Enzyklopädie II S. 147.)

I. Allgemeines.

§ 39.

I. Unser bürgerliches Recht kennt kein uniformiertes System der ehelichen Güterverhältnisse; es geht auch nicht davon aus, die Güterverhältnisse lediglich den Grundsätzen des gewöhnlichen Vermögensrechtes zu unterwerfen, wie es z. B. das römische Recht tat, welches in der Zeit des klassischen Rechts nur ein dem Familienrecht eigenes Institut, nämlich die Dos herausbildete; vielmehr kennt unsere Rechtsordnung eine Mehrheit von besonderen dem Familienleben eigenen Vermögensgestaltungen, unter welchen die Ehegatten die freie Wahl haben. Die Frage, wieweit diese Gestaltungen von der Norm abweichen können, ist eine wichtige Frage des Familienrechts[1]).

II. Die ehelichen Güterverhältnisse stehen mit den ehelichen Familienverhältnissen in genauer Verbindung; denn ihre Regelung kann das Familienleben fördern, sie kann auch feindselig in die Entwicklung der Ehe eingreifen. Daher der Grundsatz: Der Ehevertrag darf keine Bestimmungen enthalten, welche dem Wesen der Ehe als einer auf sittliche Familienbetätigung hinzielenden Lebensgemeinschaft widersprechen; deshalb sind

1. die Verträge ungültig, welche direkt oder indirekt die Hausvorstandschaft des Mannes entnerven oder der Frau oder einem Dritten überantworten.

a) Es wäre unzulässig, zu bedingen, daß die Frau Nutznießungs- und Verfügungsgewalt über das Vermögen des Mannes oder die verfügende Gemeinschaftsgewalt über das Gemeinschaftsvermögen erlangte.

b) Es wäre unzulässig, zu bedingen, daß der Erwerb des Mannes der Frau als Vorbehaltsgut oder als eingebrachtes Gut zufallen solle.

---

[1]) Kasuistische Einzelheiten bei Baligand, Ehevertrag (1906).

c) Es wäre unstatthaft, zu bedingen, daß die Haftung des Mannes über das Maß der §§ 1359, 1456 ausgedehnt werde, denn der Ehemann darf nicht zum verantwortlichen Verwalter herabgesetzt werden.

d) Es wäre auch unstatthaft, die Rechte des Mannes am Gemeinschaftsvermögen noch mehr zu beschränken, so daß der Mann nicht mehr über seinen in die Gemeinschaft gefallenen eigenen Erwerb Herr wäre. Vor allem darf auch die Bestimmung, daß der Ehemann etwaige notwendige Verfügungen mit Zustimmung des Ehegerichts machen darf, nicht wegbedungen werden.

2. Ebenso sind aber auch Verträge nichtig, welche der Frau eine ihr nicht gemäße Stellung einräumen.

a) Es ist unstatthaft, zu bestimmen, daß der Erwerb der Frau einfach in das Vermögen des Mannes fallen soll; aber auch die Vorbehaltsgrundsätze der §§ 1366, 1367, 1370 sind unangreifbar, ebenso auch die Bestimmungen des § 1369, diese aus dem anderen Grunde, weil die Rechte des Zuwenders nicht gekränkt werden dürfen. Nicht unzulässig wäre allerdings eine Bestimmung, wie in a. 199 Schweizer ZGB. und wie bei dem „zon barzel" der jüdischen Ehen, daß der Mann das eingebrachte Gut der Frau zu einem Schätzungspreis übernimmt, in der Art, daß Frauengut nicht wächst und nicht schwindet.

b) Es ist unzulässig, zum vorweg zu bestimmen, daß die Frau keine Schlüsselgewalt haben soll, oder daß die gesetzlichen Bestimmungen, wonach sie unter Zustimmung des Ehegerichts gewisse Verfügungen treffen kann, außer Kraft treten, oder daß sie die Befugnis verlieren soll, Rechenschaft über ihr eingebrachtes Vermögen zu verlangen.

c) Es ist unstatthaft, die Unterhaltsrechte der Frau zu verringern, namentlich auch für den Fall des Getrenntlebens; auch das ihr in § 1427 gewährte allenfallsige Rückbehaltungsrecht ist selbstverständlich unantastbar. Daß der Frau ein bestimmter größerer Beitrag zum ehelichen Haushalt auferlegt wird, ist dagegen völlig unverfänglich: es ist von altersher Übung gewesen und es ist heutzutage noch so, daß die Frau in der einen oder anderen Form an den Lasten der Ehe teilnimmt, und diese Beteiligung kann nach der

individuellen Vermögenslage festgestellt werden. Bei eintretender Verschiebung der Vermögensverhältnisse kann eine Änderung unausweichlich geboten sein.

d) Ebenso können der Frau Einkünfte zugesichert werden, denn dies ist häufig angemessen, um die beiderseitigen Vermögensinteressen in Gleichklang zu bringen. Unwürdig wäre es allerdings, wenn man ausbedingen wollte, daß die Frau für ihre häuslichen Tätigkeiten, solange und soweit sie solche leistet, eine dienstliche Vergütung erlangte: die Frau darf nicht zum Dienstboten herabgewürdigt werden.

3. Ebenso sind die Verträge nichtig, welche dahin abzielen, durch Geldopfer oder Geldzuwendungen auf Ehescheidung oder auf getrenntes Leben hinzuwirken; welche etwa bestimmen, daß der Frau für den Fall des Getrenntlebens keine Rente zu bezahlen ist oder daß sie keinen Hausrat mitnehmen darf; unzulässig ist es vor allem, eine Summe auszubedingen, um die Ehescheidung oder das Getrenntleben zu erkaufen. Aber auch das ist unzulässig, zu bestimmen, daß eine Ehescheidung oder Ehetrennung nur gegen bestimmte Vermögensopfer erfolgen dürfe: jede Erschwerung des Ehescheidungs- oder Trennungswesens würde das gesetzliche Gleichmaß von Gebundenheit und Freiheit verletzen.

III. Die Gesetzgebung hat gewisse gesetzliche Typen von Eheverträgen aufgestellt, welche weitgehende Abweichungen von der Norm gestatten und die ehelichen Verhältnisse bedeutend beeinflussen; diese lassen wiederum Verbindungen und Sonderbestimmungen zu, soweit nicht gesetzliche Verbote bestehen, z. B. das Verbot, daß bei partikulärer Gütergemeinschaft kein Vorbehaltsgut des Mannes geschaffen werden kann.

Jedoch muß folgendes berücksichtigt werden:

1. Die gesetzlichen Typen enthalten eine Reihe von sogenannten Exzessen, d. h. Bestimmungen, welche an und für sich nach allgemeinen Grundsätzen unzulässig wären: diese Exzesse sind nur innerhalb dieser gesetzlichen Typen gestattet. Insbesondere

a) eine Gesamtnachfolge in das ganze Vermögen kann sonst nur in gesetzlich bestimmten Fällen geschehen (vgl. §§ 419, 1085); in den typischen Gütersystemen ist es

aber gestattet, solche Gesamtnachfolge ohne weiteres zu bestimmen, z. B. die Gesamtnachfolge in das voreheliche Vermögen oder die Nutznießung an einem Gesamtvermögen.

b) Sonst ist es nicht gestattet, über das künftige Vermögen als Gesamtheit zu verfügen (§ 310) oder einen Nießbrauch daran zu begründen. Dies ist aber in den typischen Gütersystemen in großem Maße der Fall.

c) Im allgemeinen darf man nicht über den Nachlaß eines Lebenden verfügen (§ 312), aber das geschieht in den ehelichen Gütersystemen, worin über das Schicksal des künftig anfallenden Erbschaftsvermögens Bestimmungen getroffen werden.

d) Endlich ist es sonst ausgeschlossen, zu bestimmen, daß das Vermögen einer Person nach ihrem Tode der Erbfolge entzogen wird und kraft Gemeinschaftsrecht einer Gemeinschaft zufällt. Auch dies ist bei einem der gesetzlichen Typen, nämlich bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft statthaft.

2. Man muß im Auge behalten, daß alle diese Typen gewaltige Exzesse enthalten gegenüber der sonstigen Verkehrsfreiheit. Wenn sie daher gestattet sind, so sind sie nur gestattet unter Wahl des betreffenden Gütersystems; sie sind allerdings auch gestattet, wenn hierbei das Gütersystem einige Änderungen erfährt, aber doch nur, wenn die Grundgedanken des Gütersystems vollständig gewahrt bleiben; darüber hinaus besteht ein noli me tangere. Daher ist es

a) erlaubt, eine allgemeine Gütergemeinschaft, eine Fahrnis- und eine Errungenschaftsgemeinschaft zu begründen, aber nicht eine Gütergemeinschaft, bei welcher die Errungenschaft ausgeschlossen wird; denn gerade die Gemeinschaftserrungenschaft ist es, welche die übrigen Exzesse rechtfertigt. Ebenso ist es zwar gestattet, mit der Errungenschaftsgemeinschaft eine Gemeinschaft der Fahrnisse zu verbinden, nicht aber eine Gemeinschaft des unbeweglichen Vermögens ohne Gemeinschaft der Fahrnisse, denn für die Gemeinschaft der Fahrnisse sprechen Gründe, welche für das unbewegliche Vermögen nicht gelten.

b) Die Gemeinschaftsformen sind nur gestattet unter gewissen gesetzlichen Vorsichtsmaßregeln, die nicht wegbe-

dungen werden können, so insbesondere unter der Befugnis, die begründete Gemeinschaft wieder zu lösen: das Recht zu dieser Lösung darf nicht beschränkt werden. Dagegen steht allerdings nichts im Wege, zu bestimmen, daß auch andere Lösungsgründe eintreten können, doch nur in der Art, daß der eine Ehegatte verpflichtet ist, auf Verlangen des anderen einen die Lösung herbeiführenden Ehevertrag abzuschließen. Eine Bedingung, daß von selber, z. B. durch den Konkurs, die allgemeine Gütergemeinschaft aufhören solle, wäre nichtig, denn diese Gemeinschaftsformen, bei denen die Interessen Dritter in so hervorragendem Maße beteiligt sind, lassen sich nicht beliebig hin- und herschieben. Unverfänglich ist es allerdings, das Zustandekommen einer Gemeinschaft an den Eintritt von Bedingungen zu knüpfen; es ist insbesondere ein altgermanischer Brauch, zu bedingen, daß die Gütergemeinschaft erst mit der Geburt eines Kindes beginnen soll. Wie es sich hier mit dem Güterrechtsregister verhält, ist alsbald (S. 227) zu erörtern.

c) Die Art und Weise der Liquidation nach Lösung der Gemeinschaft ist den Ehegatten anheimgestellt; jedoch dürfen sie nicht etwa diese Liquidationsgemeinschaft in eine neue Gütergemeinschaft umbilden: eine Neugestaltung wäre nur möglich nach den Grundsätzen des sonstigen Gemeinschafts- oder Gesellschaftsrechtes.

d) Einzelne Bestimmungen, wie die Erklärung, daß gewisses Vermögen, das sonst eingebrachtes Gut wäre, Vorbehaltsgut sein soll, oder daß bestimmte Vermögensstücke aus der Gemeinschaft herausbleiben sollen, sind statthaft, denn sie rütteln nicht an den Grundfesten der typischen Ordnung und verstoßen auch nicht gegen das Prinzip, daß künftiges Gesamtvermögen nicht Gegenstand der Verfügung sein soll. Es bedarf aber hier des Güterrechtsregisters.

e) Eine Änderung der Ausgleichsverhältnisse, welche sich bei der Liquidation unter den Ehegatten ergeben, ist möglich, mindestens steht die Beurteilung ihrer Gültigkeit unter den allgemeinen Grundsätzen von Recht und Billigkeit. Dies gilt auch, was die Verteilung der Lasten betrifft. Es kann insbesondere bedungen werden, daß die Steuern und Auflagen auf dem Ehegatten verbleiben und nicht auf den

anderen übergewälzt werden sollen; dafür sprechen manchmal dringende Gründe[1]).

f) Etwas Besonderes gilt noch von der Bestellung der Nutznießung am künftigen Vermögen. Eine solche kann für die Ehe nicht nur bedungen werden, sondern sie ist sogar ein Hauptmoment des gesetzlichen Gütersystems; auf anderen Rechtsgebieten könnte man einen Nießbrauch nur am gegenwärtigen Vermögen begründen. Man muß daher auch hierin wohl ins Auge fassen, daß es sich um einen Exzeß handelt und daß daher eine Gestaltung der Nutznießung im großen und ganzen nur nach dem gesetzlichen Gütertypus erfolgen kann: dieser läßt sich nicht beliebig umbiegen und in das Gegenteil verkehren[2]). Namentlich wäre auch eine Bestimmung dahin, daß das verbrauchbare Vermögen zum Quasiususfrukt würde, ausgeschlossen; auch eine Beschränkung der Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Mannes würde dem Charakter des Instituts widersprechen: der Mann soll die Früchte und Nutzung ziehen, um hierdurch die Mittel für den Familienunterhalt zu gewinnen; dies darf nicht in der Art verkehrt werden, daß ihm die Möglichkeit hierzu verkümmert wird. Wollte man ihm die Hände binden, dann würde man ihm unrecht tun, denn er hat doch den Unterhalt der Familie zu bestreiten, und er kann, soweit ihm solche Nutzungen zustehen, von der Frau keinen Vermögensbeitrag verlangen (§ 1371). Daraus geht auch hervor, daß es unzulässig ist, etwa zu bestimmen, daß die Frau das eingebrachte Gut beliebig mit Schulden belasten könne; und dem würde es gleichstehen, wenn man dem Manne die Möglichkeit nehmen wollte, gegen ein selbständiges Gewerbe der Frau im Sinne des § 1405 Einspruch oder Widerruf zu erklären.

3. Einen Exzeß kennen die Güterrechtstypen nicht, der früher eine große Rolle spielte: es ist nicht gestattet, Vermögen als Dotalvermögen für unveräußerlich zu erklären. Dies kann auch nicht durch individuellen Ehevertrag bedungen werden. Also kein Dotalsystem![3])

---

[1]) Schultzenstein, Arch. f. bürg. Recht 29 S. 239.

[2]) Man vgl. darüber RG. 25. November 1910, Warn. 4 Nr. 81.

[3]) Vgl. KG. 8. Oktober 1900, M. 1 S. 457.

IV. Die Rechte der Gläubiger dürfen nicht angetastet werden. Man darf nicht bestimmen, daß, wenn das voreheliche Vermögen einfällt, die Schulden nicht mit einfallen sollen. Der Code Nap. a. 1510 sagt allerdings, daß die Gläubiger durch eine Art von beneficium inventarii auf die einfallenden Aktiven beschränkt werden können, ein Institut, das aber bei uns nicht entwickelt ist. Es kann ferner nicht bestimmt werden, daß die Gläubiger der Gemeinschaft nicht Gläubiger des Ehemannes sein sollen und umgekehrt (dies kann man für den einzelnen Schuldfall ausbedingen, aber nicht durch Ehevertrag für die gesamte Zukunft); es kann nicht bestimmt werden, daß für die Delikte der Frau das eingebrachte Gut und (bei der allgemeinen Gütergemeinschaft) das Gesamtgut nicht haften solle. Eine Ausnahme ist nur zu machen in § 1388: hier ist bestimmt, daß der Ehemann gewisse Lasten der Frau, namentlich auch Steuern, nicht nur zu tragen hat, sondern auch der Steuerbehörde als Gesamtschuldner haftet; diese Gesamtschuldnerschaft ist nur die Folge des internen Verhältnisses unter Ehegatten, welches, wie bemerkt, geändert werden kann.

V. Man hat vielfach die Frage aufgeworfen, ob die Wahl eines Gütersystems nicht der Gläubigeranfechtung unterliege. Dies ist im allgemeinen zu verneinen, denn diese Wahl enthält eine familienrechtliche Regelung, welche nur indirekt den Verkehr berührt. Insbesondere ist eine Schenkungsanfechtung für alle Fälle ausgeschlossen, zumal die Wahl des Gütersystems zwar Vorteile bieten kann, aber doch zu gleicher Zeit wieder Lasten und Beschwerungen bringt, deren Erfolg vielfach erst in der Zukunft steht[1]). Wohl aber ist die Arglist auch hier ein ausschlaggebendes Moment, und es kann deswegen die Arglistschuldanfechtung unter Umständen stattfinden, allein auch hier mit Beschränkungen. Wenn auf Grund des gesetzlichen Gütersystems dem Ehemann Früchte zukommen, so sind diese nicht als pfändbares Beschlagsgut der Gläubiger zu betrachten, weil sie zunächst dem Familieninteresse dienen, und was dann noch übrig bleibt, ist ein Er-

---

[1]) Vgl. Breslau 23. März 1907, M. 16 S. 213; unrichtig Colmar 9. Juni 1903, M. 7 S. 57.

werb, den die Zukunft bringt, und der von vornherein höchst unbestimmt ist. Daher läßt sich nicht sagen, daß den Gläubigern etwa durch Wahl der Gütertrennung ein sicheres Vollstreckungsobjekt entzogen wird. Besondere Benachteiligung kann der Fall bieten, daß Gütergemeinschaft des vorehelichen Vermögens festgesetzt wird, wodurch die beiderseitigen Vermögensmassen zusammenschmelzen und die Gläubiger des einen und die Gläubiger des anderen Ehegatten in bezug auf das Gesamtbefriedigungsobjekt zusammenfallen. Eine Separation kraft Inventarerrichtung, wie im Code Napol. a. 1510, wäre in solchem Falle wohl das richtige, ist aber in unserer Gesetzgebung nicht die Regel. Doch läßt sich der Satz rechtfertigen, daß die Gläubiger des einen Ehegatten von den Gläubigern des anderen begehren dürfen, daß sie einer solchen Separation nicht widerstreben (§ 826).

Auf einen besonderen Fall, die Anfechtung wegen Verkümmerung der Unterhaltsrechte, ist später einzugehen.

VI. Die verschiedenen Formen des Güterrechts sind gegeben, um den verschiedenen Bestrebungen des ehelichen Lebens nachzukommen, damit die Vermögensverhältnisse soweit tunlich dazu beitragen, das Wohl der Familie und die realen und idealen Interessen der Ehegatten zu fördern (§ 1432). Ihre Wahl erfolgt durch Eheverträge (oder Ehezerter, wie man sie früher nannte), und von diesen gilt mit Rücksicht auf ihre wichtige und nachhaltige Kraft der Grundsatz:

1. sie verlangen notarielle Beurkundung,

2. sie verlangen die gleichzeitige Mitwirkung der Verlobten oder Ehegatten oder ihrer Vertreter (§ 1434),

3. sie unterliegen dem Satz, daß Verweisungen auf früheres Recht ganz ausgeschlossen, Verweisungen auf ausländisches Recht nur bei Auslandsehen statthaft sind (§ 1433).

VII. Die wichtige Frage, ob die Eheverträge nach der Ehe abgeändert werden können oder nicht, wird in den Gesetzgebungen verschieden beantwortet. Manche glauben, daß der eheliche Friede die Unabänderlichkeit verlange, damit nicht während der Ehe der eine Ehegatte seine seelische Überlegenheit benutze, um den anderen zur Abänderung zu

drängen, so daß auf solche Weise die ethischen Regungen durch eigensüchtige Erwerbsabsichten getrübt würden.

Doch dieses ist nicht entscheidend; entgegengesetzt fällt ins Gewicht, daß das gewählte Gütersystem sich vielfach nicht bewährt, daß oft Änderungen in der Stellung der Ehegatten und in der ganzen Vermögenslage vor sich gehen, auf welche die bisherigen Zustände nicht passen. Schließlich ist es eine Art Entmündigung, wenn die Ehegatten nicht Herr ihres Vermögens sind und an eine bestimmte einmal angenommene Norm gebunden bleiben; und den ethischen Verfehlungen stehen ethische Tugenden gegenüber.

Daher ist auch unser BGB. dahin ausgemündet, daß es den Ehegatten gestattet, auch nach der Ehe beliebige Verträge zu machen und die vorhandenen ehelichen Vermögenszustände zu ändern (§ 1432).

Haben wir doch auch den Satz des römischen Rechtes, welcher die Schenkungen unter Ehegatten verbot, und die Vorschrift früherer Rechte, welche das Kaufgeschäft unter Ehegatten beschränkte (a. 1595 Code Nap.), aus gleichem Grunde aufgegeben. Vgl. oben S. 208.

VIII. Die Eheverträge sind vermögensrechtliche Verträge, aber im Grund und Wesen von familienrechtlichen Motiven geleitet; soweit sie nicht spezielle Zuwendungen, sondern eine allgemeine Regelung der Güterverhältnisse enthalten, können sie nicht als Freigebigkeiten gelten und unterliegen nicht der Freigebigkeitsschuldanfechtung[1]). Vgl. oben S. 223.

IX. Ein späterer Ehevertrag kann eine grundsätzliche Änderung, er kann auch eine Änderung in Einzelheiten enthalten, z. B. daß einzelne Gegenstände des Vorbehaltsguts eingebrachtes Gut, einzelne Gegenstände des eingebrachten Gutes Vorbehaltsgut sein sollen; oder daß Gemeinschaftsgut zum eingebrachten Gut werde und umgekehrt[1]).

X. Tritt ein Gütersystem erst nachträglich durch Ehevertrag ein, so ist, wo nach dem Gesetze das voreheliche Vermögen besonders behandelt wird, das bei Inkrafttreten des

[1]) Vgl. aber auch Darmstadt 30. Juni 1911, Hess. Rechtspr. 1912 S. 216.

Gütersystems vorhandene Vermögen als voreheliches Vermögen zu betrachten. Vgl. oben S. 214.

XI. In den Eheverträgen sind von alters her häufig Vereinbarungen über die Schicksale des Ehevermögens nach dem Tode eines Ehegatten enthalten, namentlich in der Art, daß dem einen Ehegatten oder den gemeinsamen Kindern gewisse Erbrechte eingeräumt werden. Daher auch die Bestimmung des BGB., daß solche Erbverträge im Ehevertrag enthalten sein können und daß die Form des Ehevertrages genügt (§§ 2276, 2277). Auch was die Fähigkeit hierzu betrifft, bestehen besondere von den erbrechtlichen Grundsätzen abweichende Normen (§§ 2275, 2290; 2347, Erbverzicht). Im übrigen gelten bei uns die erbrechtlichen Bestimmungen. Im zwischenstaatlichen Recht ist es aber wohl begründet, zu sagen, daß solche Verträge so sehr mit den die Ehegüterverhältnisse regelnden Verträgen zusammenhängen, daß sie nicht davon weggerissen werden können, sondern dem Rechte des Landes unterliegen, nach welchem die Eheverträge zu beurteilen sind[1]). Man darf nicht vergessen, daß das zwischenstaatliche Recht vielfach besondere Zusammenhänge erheischt.

XII. Die ehelichen Vermögensverhältnisse bedürfen einer gewissen Publizität, von der bereits S. 65, 214 die Rede war. Diese entwickelt sich noch weiter nach folgender Richtung:

1. Die Dritten können von der Voraussetzung ausgehen, daß das gesetzliche Gütersystem bestehe, und können danach dem Ehemanne die Verwaltungs- und Verfügungsrechte zuschreiben, welche das gesetzliche System gewährt; ist das Gütersystem ein anderes, so würden sie getäuscht werden und schweren Schaden erleiden. Dies wird namentlich der Fall sein, wenn an Stelle des gesetzlichen Gütersystems die Gütersonderung gewählt ist; ist allerdings die Gütergemeinschaft angenommen, so werden hier die Dritten kaum geschädigt werden, da die Verfügungsgewalt des Ehemannes noch eine viel größere und die passive Stellung der Frau ziemlich dieselbe ist wie bei dem gesetzlichen Gütersystem.

2. Die Notwendigkeit der Publizität tritt aber noch mehr hervor wegen der Möglichkeit, das Gütersystem während der

[1]) Vgl. treffend Neubecker, Ehe- und Erbvertrag (1914) S. 307.

Ehe zu ändern. Hier kann insbesondere der Fall vorkommen, daß die Ehegatten von der Gütergemeinschaft ausgehen und später die Gemeinschaft aufheben und etwa das gesetzliche System oder die Gütersonderung annehmen. Daß hier noch ein größerer Absprung als im vorigen Fall stattfindet, versteht sich von selbst. Aber auch der umgekehrte Fall kommt in Betracht, wenn die Gütertrennung in Gemeinschaft übergeht, wodurch die Verfügungsbefugnisse der Frau wesentlich beschränkt werden.

Sollte etwa ein Ehevertrag eine bedingte Änderung enthalten, z. B. daß bei Geburt eines Kindes die Gütergemeinschaft eintreten soll, dann wäre eine Eintragung nach Eintritt der Bedingung erforderlich. Die Eintragung bedingter Verhältnisse könnte Dritten nicht genügen, welche nicht verpflichtet sind, sich über solche intime Familienereignisse zu unterrichten.

3. Die Eheverträge sind daher, soweit sie Bestimmungen enthalten, welche in bezeichneter Weise dritte Personen angehen, in das Güterrechtsregister eingetragen; Registergericht ist das Amtsgericht, und zwar das Amtsgericht am Wohnsitz des Ehemannes: hat der Ehemann oder die Ehefrau anderwärts eine Handelsniederlassung, so sind sie auch in diesen Bezirken einzutragen, ebenso wenn der Wohnsitz oder der Ort der Handelsniederlassung geändert wird (§§ 1558, 1559 BGB., a. 4 EG. zum HGB.). Die Eintragung erfolgt nicht von Amts wegen, sondern nur auf einen in öffentlich beglaubigter Form gestellten Antrag der Ehegatten, oder auch nur eines Ehegatten, sofern er die entsprechenden Belege beibringt (§§ 1560, 1561). Der Notar gilt als legitimiert, für die Ehegatten zu handeln (§§ 161, 129 GfG.), er hat daher auch das Recht der Beschwerde und genießt bei der weiteren Beschwerde sogar eine Erleichterung (§§ 29, 124, 129, 161)[1]).

---

[1]) Er muß aber den Ehevertrag vorlegen, schon darum, weil der Registerrichter zu prüfen hat, was einzutragen ist. Dagegen wird der Wille der Ehegatten, daß der Eintrag geschehen soll, vermutet, OLG. Hamburg 8. September 1900, Entsch. f. G. 1 S. 153, KG. 5. November 1900, Entsch. f. G. 1 S. 199.

4. Der Registerrichter hat zu prüfen, ob ein Ehevertrag, wie er eingetragen werden soll, rechtlich möglich ist; ein sich selbst widersprechender Ehevertrag, z. B. Gütertrennung mit Errungenschaftsgemeinschaft, ist nicht aufzunehmen[1]).

5. Das Güterrechtsregister ist eine Publizitätseinrichtung, die für gewisse Rechtsakte bestimmt ist und innerhalb des Kreises dieser Akte wirkt. Eine Ordnung ließe sich nicht aufrechterhalten, wenn etwa beliebig andere Dinge eingetragen werden dürften[2]). Einzutragen ist ein Ehevertrag, soweit er die Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Ehemannes anders als nach dem gesetzlichen Gütersystem und anders als nach dem im Register bisher eingetragenen Gütersystem regelt. Das Vorbehaltsgut kann im einzelnen durch Verweisung auf die Registerakten bezeichnet werden (§ 13 der bundesrätlichen Verordnung vom 3./12. November 1898); es ist auf solche Weise zu bezeichnen, wenn die Eigenschaft als Vorbehaltsgut auf besonderer Spezialisierung des Ehevertrages beruht. Dagegen ist der Bestand des Vermögens, soweit sich seine Schicksale aus dem Gütersystem ergeben, z. B. die Gruppe des eingebrachten Vermögens, das gesetzliche oder testamentarische Vorbehaltsgut nicht einzutragen[3]).

Die Anordnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft oder ihre Ausschließung aber ist einzutragen[4]).

6. Das Register ist öffentlich, also einem jeden ohne weiteres zur Einsicht gestattet[5]); die Einträge sind (in ihrem wesentlichen Inhalt) öffentlich bekanntzumachen (§§ 1562, 1563), beide Ehegatten sind stets zu benachrichtigen (§ 161 GfG.); doch ist Bekanntmachung und Benachrichtigung für den Rechtsbestand nicht wesentlich. Außerdem hat das Re-

---

[1]) Colmar 21. Juni 1905, M. 11 S. 282.

[2]) RG. 30. April 1906, Entsch. 63 S. 245, 248.

[3]) Colmar 25. Februar 1903, KG. 16. Februar 1903, 10. Januar 1902, M. 6 S. 278, 287, 288, KG. 15. September 1906, M. 12 S. 303.

[4]) Hamburg 12. November 1903, M. 8 S. 335.

[5]) Wegen Einsicht der Registerakten muß ein besonderes Interesse glaubhaft gemacht werden (§ 34 GfG.). Ausgenommen ist der obige Fall, wenn das Register selbst auf die Registerakten als Ergänzung verweist.

gistergericht Bescheinigungen über Eintrag und Nichteintrag zu geben (§ 162 GfG.)[1]).

7. Der Ehevertrag ist als ein bestehender, nicht als ein künftig geltender einzutragen, daher erst nach Eheschließung[2]).

8. Auch ohne Ehevertrag ist eine Eintragung erforderlich,

a) wenn kraft Gesetzes oder kraft Güterrechtskündigung an Stelle eines bisherigen anderen Gütersystems die Gütertrennung eintritt (§§ 1431, 1470, 1545), auch bei Wiedervereinigung nach Ehetrennung, weil hier trotz des ehelichen Zusammenlebens die Gütertrennung bleibt (§ 1587),

b) ferner, wenn für die Ehe ein ausländisches Güterrecht gilt, welches ähnliche Verhältnisse schafft wie ein vom gesetzlichen Gütersystem abweichender Ehevertrag (a. 16 EG. BGB., vgl. auch § 11a GewO.).

9. Die Folge der Eintragung ist nicht etwa die, daß die Güterrechtsmodifikation erst mit ihr einträte: ihr Eintritt ist vom Güterrechtsregister unabhängig, weshalb der Grundbuchrichter sie auch ohne vorausgehende Eintragung zu berücksichtigen hat[3]); sie ist auch nicht die, als ob auf Grund einer unrichtigen Eintragung die der unrichtigen Eintragung entsprechende Gütergestaltung einträte: der gute Glaube ist nicht wie bei dem Grundbuch rechtsbegründend für nicht vorhandene Verhältnisse, er ist nur wirksam, um vorhandenen Normabweichungen eine größere Geltung zu verschaffen[4]).

---

[1]) Über Löschungen vgl. §§ 161, 142, 143 GfG. Eine Löschung findet wegen Verlegung des Wohnsitzes nicht statt, weshalb bei Rückverlegung kein neuer Eintrag nötig ist (§ 1559). Über Einzelheiten vgl. Bundesratsverordnung 3. November (12. November) 1898 und Landesverordnungen, z. B. Preuß. Verfügung 18. Dezember 1899 (vgl. auch Preuß. AusfG. zum GfG. Art. 29); im übrigen gelten die Grundsätze der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

[2]) KG. 9. April 1900, Entsch. f. G. 1 S. 12.

[3]) KG. 29. Juni 1905, Entsch. f. G. 6 S. 148. Der § 34 GrundbO. gibt nur eine Erleichterung. Auch die Modifikation des § 1459 Abs. 2 ist vom Eintrag unabhängig.

[4]) KG. 5. April 1906, Entsch. f. G. 7 S. 162. Ist also ein Vermögensstück zu Unrecht als Vorbehaltsvermögen bezeichnet, so kann sich der Dritte nicht darauf berufen; er kann sich auf einen

Die größere Geltung ist aber die, daß im Falle der Nichteintragung die doppelte Rechtsordnung eintritt, die sich hier nach folgender Richtung gestaltet: gutgläubige dritte Personen, welche mit einem Ehegatten Rechtsgeschäfte abschließen oder Prozesse führen, können verlangen, so behandelt zu werden, wie wenn das gesetzliche Gütersystem bestünde, oder falls ein anderes Gütersystem eingetragen war und nachträglich aufgehoben worden ist, wie wenn dieses andere Gütersystem noch fortdauerte. Die größere Geltung tritt mit der Eintragung, nicht erst mit der Bekanntmachung ein: schon die Eintragung ist eine genügende Publizität (§ 1435). Die doppelte Rechtsordnung besteht aber

a) nur für den Rechts- und nicht für den Unrechtsverkehr: für Delikthaftung gilt das wirkliche Gütersystem ohne Rücksicht auf Eintragung[1]) und ebenso für die Verpflichtungen aus Menschenhilfe.

b) Die doppelte Rechtsordnung gilt für Verpflichtungen und dingliche Rechte und Lasten, sie gilt aber nicht für das indirekte Wertrecht: hat sich der im Stande der Gütertrennung lebende Mann verpflichtet, so kann der Gläubiger, der kraft eines bisherigen Registereintrages an die allgemeine Gütergemeinschaft glaubte, nicht auf Vermögen der Frau greifen, welches bei der Gütergemeinschaft in das Gesamtgut fiele[2]); denn das indirekte Wertrecht ist etwas Wandelndes und mit dem Flusse des Vermögens Wechselndes. Das gilt auch, wenn eine Lösung der Gütergemeinschaft nicht eingetragen war und diese Lösung zur Auseinandersetzung und Teilung geführt hat: der Gläubiger kann trotz Nichteintragung nur nach § 1480 seine Befriedigung suchen. Anders ist es, wenn durch Pfandvertrag ein direktes Wertrecht entstanden ist.

c) Die doppelte Rechtsordnung bleibt natürlich auch dann außer Betracht, wenn es sich nicht um das Verhältnis

---

solchen Eintrag nur berufen, wenn das Vermögensstück wirklich Vorbehaltsgut war, als solches eingetragen wurde und wenn eine nachträgliche Änderung nicht zum Eintrage kam.

[1]) Also wenn etwa ein Hund einen Dritten beißt und die Frage auftaucht, ob es ein gütergemeinschaftlicher oder ein Sondergutshund ist.

[2]) Colmar 22. März 1905, M. 11 S. 282.

des Dritten zu einem Ehegatten, sondern um die Beziehung zwischen zwei Dritten untereinander handelt, welche auf das Güterrecht der Ehegatten spekuliert hatten.

XIII. Gewisse Eheverträge haben mit Rücksicht auf ihre einschneidende Wirkung noch besondere Voraussetzungen: alle Eheverträge, welche eine Gemeinschaft des gegenwärtigen oder künftig anfallenden Vermögens oder auch noch weitergehende Vermögensüberwälzungen bedingen, bedürfen:

1. wenn es sich um Geschäftsbeschränkte handelt, ihres Selbsthandelns; sie bedürfen ferner

2. nicht nur der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, sondern auch der Obervormundschaft, wenn der gesetzliche Vertreter ein Vormund ist.

3. Bei einem Geschäftsunfähigen sind sie ganz ausgeschlossen (§§ 1437, 1549).

Dies gilt auch von einer Änderung dieser Eheverträge; so wenn bei der allgemeinen Gütergemeinschaft die Fortsetzung der Gemeinschaft ausgeschlossen werden soll (§ 1508); nicht aber dann, wenn diese Gütergemeinschaft nachträglich in eine Errungenschaftsgemeinschaft oder in ein Nichtgemeinschaftssystem umgewandelt werden soll: denn dadurch wird die Gemeinschaft gemindert und das Vermögen verbesondert.

II. Gütertrennung.

§ 40.

I. Die Gütertrennung kann durch Ehevertrag bedungen werden; in einem Falle tritt sie gesetzlich ein, wenn nämlich eine geschäftsbeschränkte Frau ohne Einwilligung ihres Gewalthabers geheiratet hat (§§ 1364, 1426); denn wenn auch das gesetzliche Gütersystem nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch Rechtsereignis eintritt, so wird es doch durch die Ehe veranlaßt, und die geschäftsbeschränkte Frau würde auf solche Weise ohne ihren Gewalthaber indirekt ihrem Ehegatten wesentliche Rechte übertragen.

II. Bei der Gütertrennung bleibt jeder Teil nicht nur Eigentümer, sondern auch Nutzer und Verwalter seines Vermögens, und die Frau steht daher in ihrem Vermögen ähnlich, wie wenn all ihr Gut Vorbehaltsgut wäre (§ 1426).

III. Die Pflichten des Mannes gegenüber der Frau und der Familie bleiben dieselben; die Frau hat aber einen Beitrag für den ehelichen Aufwand zu leisten, sie hat ihn zu leisten aus ihren Einkünften oder aus dem Ertrag ihrer Arbeit. Die Leistung ist nicht schuldrechtlich, sondern familienrechtlich und und unterliegt den Grundsätzen familienrechtlicher Verbindlichkeiten, also insbesondere in der Art:

1. die Verbindlichkeit ist nicht immer gleich hoch, sondern richtet sich je nach dem Bedarf einerseits und nach den Einkünften der Frau andererseits. Sie kann daher von Jahr zu Jahr wechseln; der Ehemann kann nicht in die Zukunft hinein darauf verzichten, denn er kann nicht die Interessen der Familie preisgeben.

2. Sie gilt nur für die Gegenwart, nicht für die Vergangenheit, es müßte denn sein, daß die Frau in Verzögerung geraten wäre. Hierüber ist auf die Lehre vom Unterhaltsrechte zu verweisen (§ 1427).

3. Der Anspruch des Mannes ist ein Zweckanspruch und daher nicht übertragbar. Als Zweckanspruch ist er dem Zweck verfangen, für Frau und Familie verwendet zu werden; diese Verwendung steht allerdings in der Diskretion des Mannes und ist der Kontrolle der Frau entzogen. Doch ändert sich dies, sobald sich ein Mißbrauch ergibt und das Gebahren des Mannes oder auch die ihn beherrschenden Zustände die Familie gefährden; so wenn er entmündigt ist oder wegen körperlichen oder geistigen Zusammenbruchs seiner Aufgabe nicht walten kann.

In solchem Falle kann man durch zwei Mittel einschreiten:

1. durch einstweilige Verfügung,

2. durch Zurückbehaltung des Beitrages, so daß ihn die Frau für die richtigen Zwecke selbst verwendet (§ 1428).

IV. Die Trennung des Vermögens der Ehegatten ist eine Trennung trotz der Einheit des Hauses und trotz der Lebensgemeinschaft. Daraus ergibt sich,

1. daß bei Aufwendungen, welche die Frau für die häuslichen Zwecke macht, viel leichter der Aufopferungsgedanke vorliegen wird als in sonstigen Verhältnissen. Wenn nichts Besonderes vorliegt, so wird man annehmen können, daß die

Frau eher das Hingegebene opfert, als daß sie Ersatz haben will (§ 1429). Doch kommt es stets auf die Umstände an, z. B. die Frau zahlt für ihren abwesenden Mann die Steuer, die abgeholt wird: hier spricht nichts für den Aufopferungswillen[1]).

2. Es wird häufig vorkommen, daß die Frau ihr Vermögen ganz oder teilweise in die Verwaltung des Mannes gibt. Eine solche ist dann nicht als eine gewöhnliche Vermögensverwaltung zu betrachten; namentlich wäre eine ständige Rechnungslegung und eine rein geschäftliche Behandlung der Sache dem Wesen der Ehe zuwider. Vielmehr erfolgt die Übergabe des Vermögens in die Verwaltung des Mannes nach dem Typus der Verfügungsnutznießung. Der Ehemann wird Eigentümer der Früchte und hat das Recht zu allen Verwaltungshandlungen: Miet- und Pachtverträge folgen ebenfalls den Regeln dieser Verfügungsnutznießung. Er haftet dabei für culpa in concreto und hat auch die Pflicht, Schuldzinsen und periodische Lasten zu tragen, nicht nur gegenüber der Frau, sondern auch gegenüber Dritten, denen er dann als Gesamtschuldner haftet. Die Ehefrau kann jederzeit diese Vermögensbeziehung widerrufen. Rechnungslegung für die Vergangenheit kann sie nicht verlangen, wohl aber Auskunft im allgemeinen, um zu prüfen, ob die Verwendung nicht außerhalb der Familienfürsorge stattfand (§§ 1430, 1374).

3. Eine solche Übergabe ist widerruflich; sollte sie unwiderruflich erfolgen, so begründet sie ein neues Güterrecht und bedarf daher des Ehevertrages.

III. Gütergemeinschaft.

1. Titel.

Allgemeine Grundsätze.

I. Charakteristik.

§ 41.

I. Die Gütergemeinschaft ist eine Vermögensgemeinschaft der Ehegatten zur Erreichung der ehelichen Familienzwecke.

---

[1]) Mit Recht sagt das RG. 16. September 1909, JW. 38 S. 660, daß der § 1429 nur eine Auslegungsregel enthält und daß bei Beurteilung des Vorgangs der ganze Sachverhalt ins Auge gefaßt werden muß.

II. Die Vereinigung ist nicht aufzufassen als Bildung einer juristischen Person, welcher das Gemeinschaftsvermögen gehörte: eine solche Bildung wäre nicht unmöglich, sie würde aber mit der familienrechtlichen eheeinigenden Natur der Gemeinschaft im Widerspruch stehen, welche die Zuziehung fremder Elemente versagt[1]).

III. Die Vereinigung hat lange Zeit als eine Vereinigung von Todes wegen gegolten, so daß einstweilen der Mann Alleineigentümer war und die Frau erst bei seinem Tode Gemeinschaftsgenossin wurde: *Femina non est socia, sed sperat fore.* Diese Anschauung hat einen richtigen Kern, und sie hat dazu geholfen, die Herrschaftsrechte des Ehemannes zur kräftigen Entwicklung zu bringen. Sie gilt uns jetzt als übertreibend und entspricht der heutigen Anschauung nicht mehr.

IV. Die Vereinigung ist heutzutage aufzufassen als Gesamtgutvereinigung: die Gütergemeinschaft bildet ein Gesamtgut, an dem beide Ehegatten beteiligt sind; dieses Gesamtgut folgt zunächst den Grundregeln des Gesamtgutinstituts, hat aber noch gewisse Besonderheiten.

V. Die allgemeinen Regeln des Gesamtgutinstituts sind:

1. Die einzelnen Gegenstände gehören den Gesamthändern nicht zu gleichen Teilen; sie gehören ihnen zu einem unbestimmten Teil, der von 1—0 herabsinken kann; sie gehören ihnen in der Art, daß bei der Auseinandersetzung ein jeder so viel von den Einzelgegenständen erhält, als seinem Gesamtvermögensanteil entspricht, und dieser Gesamtanteil ist die Hälfte.

2. Die Gegenstände gehören ihnen nach Tilgung der Schulden. Die Gläubiger, welche als Gläubiger der Gemeinschaft erscheinen, sind in der Art zu befriedigen, daß jedem der Gemeinschafter sein Anteil für die Hälfte erst nach Deckung sämtlicher Gemeinschaftsschulden zukommt.

3. Die Gemeinschaftsgläubiger sind also in einer anderen Lage als die sonstigen Gläubiger des einen oder anderen Ehe-

[1]) Im Gegensatz beispielsweise zur offenen Handelsgesellschaft; auf die recht verkehrten Ausführungen Jägers in letzterer Beziehung (Festschrift für Sohm) werde ich anderwärts eingehen.

gatten: sie sind in ähnlicher Stellung wie die Gesellschaftsgläubiger im Gegensatz zu dem Privatgläubiger eines Gesellschafters. Im übrigen ist auf das obige (S. 186) zu verweisen.

4. Die Anteilsrechte der Ehegatten sind als solche unveräußerlich und unpfändbar; sie unterliegen einer Teilung nur nach Maßgabe des Familien-, nicht des dinglichen Rechts (§ 1442 BGB., § 860 ZPO.)[1]). Eine Pfändung ist auch nicht gestattet in bezug auf dasjenige, was ein Ehegatte nach Lösung der Gemeinschaft bekommen soll, denn dies wäre eine indirekte Gemeinschaftspfändung, die zudem mit dem Wesen der Ehe in Widerspruch stünde[2]).

5. Das Gesamtgut ist, wie oft, eine Gemeinschaft mit besonderem Auflösungsbestreben, d. h. eine Gemeinschaft der Art, daß bei ihrer Auflösung der einzelne Gemeinschaftsgenosse eine besondere Art der Auseinandersetzung verlangen kann. Jeder Ehegatte kann nämlich die seinem eigenen Gebrauch dienenden Nutzungs- und Arbeitsgeräte und die von seiner Seite eingebrachten oder später beigebrachten Gegenstände, soweit sie noch in Natur vorhanden sind, gegen Ersatz auf seinen Teil verlangen (§ 1477). Der Grund ist, daß sich an die eingebrachten Gegenstände oft sehr innige häusliche Erinnerungen und Pietätsrücksichten knüpfen. Dieses Zuteilungsrecht ist eine höchst persönliche Befugnis, hervorgehend aus der besonderen Art des Gemeinschaftsrechts; es steht dem Ehegatten zu, nicht seinen Erben[3]).

VI. Besonderheiten sind:

Die Gemeinschaft ist eine Gemeinschaft

1. mit einer der Hausgewalt entsprechenden Herrscher- und Pflichtstellung des Mannes;

2. mit einer verminderten Gemeinschaftsstellung der Frau, deren Rechte nur soweit reichen, als nötig, um ihre

---

[1]) Daher kann eine Zwangshypothek nicht auf den Vermögensanteil eines Ehegatten, weder auf den Anteil am Ganzen, noch an einem einzelnen Grundstück eingetragen werden, Posen 24. Februar 1908, Seuffert 63 nr. 251.

[2]) Unrichtig (allerdings in einem Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft) Oberst. LG. 26. April 1907, M. 15 S. 409.

[3]) Unrichtig Hamburg 23. Dezember 1900, M. 24 S. 78.

Lebensinteressen der Hausgewalt des Mannes gegenüber zu wahren; sie ist

3. eine Gemeinschaft zum Zwecke der Erreichung der Zwecke des familiären Zusammenlebens.

II. Gemeinschaftsstellung.

1. des Mannes.

§ 42.

I. Die Gemeinschaftsstellung des Mannes als Herrscherstellung bringt es mit sich, daß, im Verkehr mit Dritten, zwischen seinem Sondervermögen und dem Gemeinschaftsvermögen keine Kluft aufrechterhalten werden kann: daher sind alle seine Schulden Gemeinschaftsschulden, aber auch alle Gemeinschaftsschulden sind seine Schulden, insofern, als er den Gläubigern für alle Gemeinschaftsschulden und als die Gemeinschaft den Gläubigern für seine Schulden einstehen muß.

Gemeinschaftsschulden sind daher nicht nur die Schulden des ehelichen Haushaltes und die gemeinsame Aussteuerpflicht, sondern auch alle Rechtsgeschäfts-, ja alle Deliktsschulden des Mannes.

II. Daher ist materiellrechtlich das indirekte Wertrecht gegen den Mann zugleich ein solches gegen die Gemeinschaft und prozeßrechtlich ein vollstreckbarer Titel gegen den Mann zugleich ein vollstreckbarer Titel gegen das Gesamtgut (§ 740 ZPO.). Allerdings ist es nicht uneben, auch einen vollstreckbaren Titel gegen die Frau als Gemeinschaftsgenossin zu erwerben, um nach Lösung der ehelichen Gemeinschaft gegen sie als Gemeinschaftsgenossin vorzugehen[1]).

Ebenso wie durch Vollstreckung kann ein solcher Gläubiger sich auch durch Aufrechnung seine Deckung verschaffen (§ 1442).

III. Für die Frau gelten andere Grundsätze (§§ 1459, 1460, 1529, 1530). Übrigens sind auch für den Mann diese Sätze nicht unverbrüchlich. Beruht die Schuld auf Vertrag, so kann

---

[1]) RG. 10. März 1904, JW. 33 S. 201.

1. der Ehemann mit dem Dritten ausmachen, daß die Gemeinschaft von der Schuld frei sein soll, und es kann

2. bei einem Vertrag der Ehefrau mit einem Dritten bedungen werden, daß der Ehemann von der Schuld frei sein solle;

3. bei Schulden der Frau, welche nur aushilfsweise Gemeinschaftsschulden und nur infolgedessen Schulden des Mannes wurden, ist die Schuld des Ehemannes eine auflösend bedingte: sie erlischt mit der Gütergemeinschaft (§ 1459).

IV. Die Gemeinschaftsstellung des Mannes beruht auf seiner Haushaltungsstellung; daher hat der Ehemann die Befugnis, das Gesamtgut in Besitz zu nehmen, und zwar der Ehefrau gegenüber kraft Selbsthilfe, denn ein Eingriff der Frau oder eines anderen Familiengenossen wäre ein Eingriff in sein Hausrecht. Andererseits steht die Frau dem ganzen Vermögen so fern, daß sie unbedenklich in Ansehen des Gesamtgutes Zeugin sein darf[1]), und daß ihr eine Hypothek am Gesamtgut bestellt werden kann[2]).

V. Wie der Gemeinschaftsteil, so ist auch die Gemeinschaftsstellung des Ehemannes unveräußerlich und unpfändbar. Möglich ist eine Vertretung auf Grund vormundschaftlichen Rechts; dies auch dann, wenn die Frau die Vormünderin des entmündigten Mannes ist[3]).

VI. 1. Der Mann hat über die Gemeinschaft eine weitgehende Verfügungsgewalt, und zwar verfügt er kraft seiner Herrscherstellung über beide Hälften, er verfügt nicht etwa über seine Hälfte im eigenen und über die der Frau im fremden Namen: seine Verfügung ist eine einheitliche und unteilbare[4]).

Noch mehr, seine Verfügung beruht nicht, wie die Verfügung kraft der Verfügungsnutznießung, auf einem diskreten, den Zwecken der Ehe angepaßten Rechte, sondern auf der Natur der Gemeinschaft als einer der Herrschaft des Mannes überantworteten Gemeinschaft; er verfügt darum, ohne an eine Kontrolle gebunden zu sein. Da die Gemeinschaft ja

---

1) RG. 19. Dezember 1907, Entsch. 67 S. 262 (= JW. 37 S. 70).

2) Stuttgart 21. März 1907, M. 15 S. 410.

3) Vgl. KG. 21. Dezember 1903, M. 8 S. 344.

4) Arch. f. ziv. Praxis 107 S. 264 f.

allen seinen eigenen Erwerb mitenthält, so wäre es ungehörig, ihn in solcher Gemeinschaft an die Kontrolle des anderen Teiles zu binden. Daher hat die Frau kein Anrecht auf Auskunftserteilung (§§ 1443, 1456)[1]. Er haftet auch nicht als Verwalter, er haftet auch nicht nach Art eines Verfügungsnießbrauchers; seine Verantwortung tritt nur hervor bei böswilliger Absicht oder bewußter Überschreitung seiner Befugnisse.

2. Diesen Grundsätzen, die in früheren Rechten unbedingt galten, widersprechen nun aber einige Bestimmungen unseres BGB., welche die Gütergemeinschaft zu einem für den Ehemann unerträglichen Institut zu machen drohen. Man hat vollkommen die Lage des Mannes verkannt, kraft welcher sein Arbeitserwerb in die Gemeinschaft fällt: wird er in der Verfügung beschränkt, so ist er nicht mehr Herr seiner selbst und seiner Arbeit.

Zwar sind ihm einerseits Umtauschgeschäfte über Fahrnisgut ohne weiteres gestattet, gestattet ist ihm auch Darlehen und Bürgschaft[2]; und daß er über das Gesamtgut als Ganzes nicht verfügen und kein Verfügungsgeschäft abschließen darf[3] (§ 1444), wird man als richtig erklären müssen.

Dagegen bedarf er nach dem BGB. für gewisse einfache Gemeinschaftsgeschäfte der Einwilligung der Frau, für welche allerdings keine bestimmte Form vorgeschrieben ist[4]; so kann er

a) über Grundstücke, selbst unter belastetem Titel, nur mit der Einwilligung der Frau verfügen oder Verfügungsgeschäfte abschließen (§ 1445). Er kann daher ein Gemeinschaftsgrundstück auch nicht mit Grunddienstbarkeiten, Hypotheken, Grundschulden belasten, er kann nicht auf eine

---

[1]) RG. 30. September 1909, JW. 38 S. 690, Karlsruhe 30. September 1909, Bad. Rechtspr. 1911 S. 62.

[2]) RG. 4. April 1903, Entsch. 54 S. 283.

[3]) Dagegen hat man eine Verfügung über eine Gesamtheit innerhalb des Gesamtgutes als statthaft erachtet, z. B. die Verfügung über einen der Ehefrau zugefallenen Erbteil (selbst wenn Grundstücke darin enthalten sind), KG. 30. November 1903, Entsch. f. G. 4 S. 117.

[4]) Colmar 24. Dezember 1912, M. 26 S. 227.

dem Gemeinschaftsgrundstück zustehende Dienstbarkeit verzichten, wogegen es ihm unbenommen ist,

α) unter Hypotheken auf den Gemeinschaftsgrundstücken eine Rangänderung zu gewähren, ohne daß die Ehefrau zuzuziehen ist[1].

β) und ebenso unbenommen, über Aktivhypotheken, welche dem Gesamtgut zustehen, zu verfügen: die Hypotheken sind nicht unbewegliches Gut[2],

γ) ebenso unbenommen, sich mit den Miteigentümern oder Miterben auseinanderzusetzen, denn dies ist nur eine Regelung, keine Weggabe[3].

Noch unerträglicher ist,

b) daß der Ehemann nicht schenkweise verfügen kann, selbst nicht über bewegliche Stücke des Gesamtguts, und daß auch Schenkungsversprechungen in bezug auf das Gemeinschaftsvermögen unwirksam sind, auch die Erfüllung eines früher erfolgten Schenkungsversprechens (§ 1446). Anstands- und Pflichtschenkungen sollen allerdings ausgenommen sein. Allein ein Verhältnis, wonach der Ehemann ohne Zustimmung der Frau, abgesehen von solchen Anstandsfällen, auch wenn er jährlich eine Million verdient, keine 200 Mark verschenken und beispielsweise keinen wohltätigen Stiftungen etwas zuwenden darf, so daß auch ein Milliardär noch seine Frau fragen muß, wenn er einem Gelehrten für seine Studien einige hundert Mark zuwenden will, ist unerträglich, philiströs und geschmacklos. In diesen Fällen hat der Ehemann einer störrischen Frau gegenüber nicht einmal die Möglichkeit, das Vormundschaftsgericht anzurufen; der § 1447 gestattet dies nicht.

---

[1]) KG. 1. April 1901, Entsch. f. G. 2 S. 99 (hierdurch wird das Eigentum der Frau nicht betroffen im Sinne von § 19 GrundbO.). In einem Falle, welcher allerdings der fortgesetzten Gütergemeinschaft angehört, hat man angenommen, daß die Erhöhung des auf dem Grundstück liegenden Hypothekenzinses um $^1/_2$ % innerhalb der Verwaltung liege und der Zustimmung nicht bedürfe, Hamburg 8. März 1909, M. 18 S. 264.

[2]) KG. 7. Oktober 1901, Entsch. f. G. 2 S. 248; KG. 30. November 1903, Entsch. f. G. 4 S. 117.

[3]) KG. 30. November 1903, M. 8 S. 338.

3. Um erträgliche Verhältnisse zu schaffen, muß man

a) den Begriff der Anstandsgeschenke über das Gewöhnliche ausdehnen: man muß sagen: es ist eine nobile officium für ein bedeutendes Vermögen, es ist eine moralische Pflicht für einen Multimillionär, Zuwendungen für humanitäre, wissenschaftliche und künstlerische Zwecke zu machen[1]).

b) Schenkung ist von Freigebigkeit zu unterscheiden: eine Zuwendung gegen Gegenleistung ist Freigebigkeit, nicht Schenkung, auch wenn Leistung und Gegenleistung einander nicht entsprechen. Wenn also der Ehemann Dienste anderer mehr als nach Gebühr vergütet, so kann die Ehefrau hiergegen nicht nach § 1446 vorgehen: hier kommt nur § 1456 in Betracht.

Sodann ist zu bemerken:

c) Kindesausstattung ist keine Schenkung, nicht die Ausstattung der Kinder der Ehe, aber auch nicht die Ausstattung eines Kindes früherer Ehe (§§ 1465, 1538).

d) Schenkung ist nicht zu vermuten. Es geht daher nicht an, daß der Grundbuchrichter eine Hypothekenverfügung des Mannes nicht eintragen will, weil möglicherweise eine Schenkung dahinter versteckt ist[2]). Daß eine Bürgschaft keine Schenkung ist, versteht sich von selbst; eine Schenkung könnte nur im Verzicht auf den Rückgriff liegen.

e) Das versteht sich ferner von selbst, daß der Ehemann, welcher für die Gemeinschaft ein Grundstück erwirbt, es mit dem Kaufpreis hypothekarisch belasten kann; denn das ganze Geschäft ist als wirtschaftliche Einheit aufzufassen und die Sachlage so zu beurteilen, wie sie jetzt ist, im Gegensatz zu dem Stand, wie sie vor dem Gesamtgeschäft war[3]): was erworben ist, ist ein hypothekarisch belegtes Grundstück, wobei die Hypothek ein Minus des Erwerbs, nicht eine Belastung eines bereits geschehenen Erwerbs bedeutet. Man be-

---

[1]) Daß der Begriff der Anstandsgeschenke nicht karg zu bemessen ist, sagt auch RG. 11. Februar 1910, Entsch. 73 S. 46.

[2]) Vgl. KG. 7. Oktober 1901, Entsch. f. G. 2 S. 248.

[3]) RG. 8. Juli 1908, Entsch. 69 S. 177, und viele andere Entscheidungen, z. B. KG. 11. März 1901, Entsch. f. G. 2 S. 89, Colmar 14. Oktober 1907, M. 15 S. 408. So war auch die Praxis unter LR. II 1 § 378. Anders z. B. Karlsruhe 4. Oktober 1902, M. 6 S. 161.

denke, daß der Veräußerer zuvor das Grundstück mit Hypothekenbelastung an einen Dritten übertragen könnte und dieser Dritte es an den Ehemann übertrüge.

f) Die Prozeßführung steht dem Ehemann auch in bezug auf Liegenschaften zu; dahin gehört auch die Abschließung eines Prozeßvergleichs (§ 1443)[1]); nicht aber ein sonstiger Vergleich, und nicht ein Vertrag, auf Grund dessen eine Vormerkung kraft einstweiliger Verfügung erzielt werden soll[2]).

g) Der Ehemann kann eine Hypothek mittelbar begründen, indem er eine vollstreckbare Urkunde ausstellt, auf Grund welcher der Gläubiger eine Zwangshypothek eintragen läßt (§§ 740, 794, 795 ZPO.)[3]).

h) Eine Erweiterung der ehemännlichen Gemeinschaftsgewalt in der Art, daß er zu solcher Verfügung der Zustimmung der Ehefrau nicht bedarf, kann durch Ehevertrag erfolgen; eine Minderung wäre der Stellung des Ehemannes als Herrn der Gemeinschaft zuwider (oben S. 218).

4. Abgesehen von diesem letzten Fall wird der Ehemann ähnlich einem Mündel behandelt, der die vormundschaftliche Zustimmung oder Genehmigung beizubringen hat, und es gelten hier die bekannten Sätze: bei einseitigen Rechtshandlungen muß die Zustimmung sofort vorhanden sein, bei Verträgen kann sie nachgebracht werden: sie ist dann auf Verlangen innerhalb zweier Wochen nachzutragen; sie ist dem Vertragsgegner gegenüber zu bringen und dieser kann den Vertrag widerrufen, wenn der Ehemann eine Zustimmung der Frau vorgetäuscht hatte (§§ 1448, 1396). Im übrigen hat die Einwilligung den Charakter der Erstreckung der Rechtsmacht, nicht den Charakter der Mithandlung; die Ehefrau wird nicht Mitverpflichtete.

5. Aus der bedrückenden Stellung kann der Ehemann in gewissen Fällen gerettet werden durch zustimmende Erklärung des Vormundschaftsgerichtes als Ehegericht, hinter

---

[1]) Über den Vergleich irrtümlich KG. 12. Dezember 1910, Entsch. f. G. 11 S. 75 (= M. 24 S. 10). Ähnliche Unrichtigkeiten sind auch in der Vormundschaftslehre aufgetaucht, worüber unten zu handeln ist.

[2]) KG. 28. November 1904, Entsch. f. G. 5 S. 194.

[3]) KG. 5. April 1906, Entsch. f. G. 7 S. 215.

die er sich mitunter flüchten kann. Wenn nämlich eine Verfügung über eine Gesamtheit oder über ein Grundstück im Interesse der ordnungsgemäßen Vermögensführung als erforderlich erscheint, so kann das Vormundschaftsgericht als Ehegericht die Zustimmung der Frau ersetzen, und es gelten in dieser Beziehung dieselben Sätze wie zu 4, so § 1447[1]). Natürlich kann die auf Grund individueller Prüfung zu gebende Zustimmung jeweils nur für ein einzelnes Geschäft erfolgen[2]).

6. Im übrigen ist die unbefugte Veräußerung des Ehemannes nicht nur angreifbar: sie ist rechtlich unwirksam. Der veräußerte Gegenstand bleibt im Gesamtgut, und da der Ehemann das Gesamtgut im Stich gelassen hat, so hat es die Ehefrau zu vertreten, und sie kann den Gegenstand vindizieren (§ 1449).

7. Eine indirekte Festigung der ehemännlichen Veräußerung hat man versucht durch Ausbedingung einer Vertragsstrafe für den Fall des Widerspruchs der Ehefrau, weil die Vertragsstrafe die Gemeinschaft und damit auch die Ehefrau trifft. Dieser Weg ist nicht ehrlich und nicht gangbar[3]).

2. der Frau.

§ 43.

I. 1. Die Gemeinschaftsherrschaft des Ehemannes setzt ein vermindertes Gemeinschaftsrecht der Frau voraus; die Frau ist Gemeinschafterin ohne Verfügungsbefugnis, sie ist von der Herrschaft ausgeschlossen. Dies gilt (wie oben S. 202) direkt und indirekt; es gilt insbesondere auch in der Art, daß Rechtsgeschäfte, die die Frau während der Ehe abschließt, keine Schulden der Gemeinschaft begründen, so daß solche Schulden kein indirektes Wertrecht über die Gemeinschaft breiten können und auch nicht in der Lage sind, eine persönliche Mitschuld des Ehemannes zu begründen.

Anders wird es,

a) wenn der Ehemann die Einwilligung zum Rechtsgeschäftsabschluß gibt; hierdurch wird das Geschäft zu

---

[1]) KG. 30. Dezember 1901, M. 4 S. 346.

[2]) Oberst. LG. München 23. Oktober 1902, Entsch. f. G. 3 S. 170.

[3]) Posen 31. Mai 1907, M. 15 S. 407.

einem Gemeinschaftsgeschäft, auch wenn die Ehefrau mithaftet[1]);

b) wenn er der Frau die Einwilligung zu einem Gewerbsunternehmen gibt, denn diese Einwilligung gibt der Frau die Gemeinschaft preis für alle zum Gewerbsunternehmen gehörigen Rechtsgeschäfte, auch für Liegenschaftsgeschäfte, ja für alle mit dem Gewerbe verbundenen Verpflichtungen, z. B. für die damit verbundenen Quasidelikte (§§ 1452, 1405, 1462); vgl. oben S. 205 und unten S. 271.

2. Daraus ergibt sich, daß, wenn die Frau Prozesse führt, diese das Gesamtgut nicht berühren[2]), es müßte denn sein, daß einer der Fälle von a oder b vorliegt[3]).

3. Anders verhält es sich mit der Annahme einer Erbschaft, zu welcher die Frau der Zustimmung nicht bedarf, auch wenn sie in die Gemeinschaft fällt und damit indirekt die Gemeinschaft belastet; denn dem Ehemann stehen die Mittel zu Gebote, die Haftung der Gemeinschaft abzuwenden (§ 2008 BGB., § 218 KO., § 999 ZPO.). Die Zustimmung des Ehemannes ist hier bedeutungslos (§ 1453). Gehört die Erbschaft zum Vorbehaltsgut, so haftet die Gemeinschaft nicht, auch nicht, wenn der Ehemann die Zustimmung zur Erbannahme gegeben hat. Vgl. oben S. 203.

II. Die Gemeinschaft ist auch eine Gemeinschaft im Interesse der Frau; daher kann

1. diese statt des Mannes eintreten, wenn er durch persönliche Gründe[4]) verhindert ist und Gefahr im Verzug steht (§ 1450).

Hier kann die Frau kraft gesetzlicher Stellvertretung handeln, so daß nicht sie persönlich, sondern nur die Gemeinschaft und damit der Ehemann rechtlich berührt wird, oder als Gemeinschaftsgenossin, so daß sie neben der Gemein-

---

[1]) Es ist also nicht so, als ob das Geschäft ein Geschäft der Ehefrau bliebe und die Gemeinschaft nur bürgschaftsweise haftete, Die Gemeinschaft hat daher die etwaige Anfechtung, § 770 gilt nicht.

[2]) RG. 26. November 1903, Entsch. 56 S. 74.

[3]) RG. 13. Februar 1905, Entsch. 60 S. 146, und 7. Juli 1910, JW. 39 S. 818.

[4]) Namentlich durch Krankheit oder Abwesenheit, München 11. Dezember 1912, M. 26 S. 226.

schaft und dem Manne persönlich mit haftet: in letzterem Falle tritt sie im eigenen Namen auf, aber als Trägerin von Gemeinschaftsrechten. Natürlich steht dies im freien Belieben der Frau; ein Dritter kann sie nicht dazu zwingen, und ein Gläubiger der Gemeinschaft hat nicht die Befugnis, auf Grund dieser Möglichkeit die Frau selbst als Schuldnerin zu verklagen[1]).

2. Sie kann aber auch zur eigenen Selbsterhaltung Gemeinschaftsrechtsgeschäfte abschließen unter Zustimmung des Vormundschaftsgerichts als Ehegericht, sofern ein solches Rechtsgeschäft für ihre berechtigten persönlichen Interessen erforderlich ist (z. B. Operation, Aufenthalt in einem Sanatorium). Hier ist das Geschäft ihr eigenes, es verpflichtet aber auch die Gemeinschaft und den Ehemann (§§ 1451, 1402).

III. Gemeinschaftszwecke.

§ 44.

I. Die Gemeinschaft hat endgültige und Aushilfszwecke. Endgültige Zwecke können sein

1. der Zweck, das voreheliche Vermögen, wenn es in die Gemeinschaft fällt, in sich aufzunehmen und weiter zu entwickeln. Hier kommen mit dem vorehelichen Vermögen auch die vorehelichen Schulden in die Gemeinschaft, und zwar in endgültiger, nicht in ausgleichbedürftiger Weise; mögen es Vertrags- oder Deliktschulden sein: das voreheliche Vermögen wird, wie es ist, von der Gemeinschaft aufgesogen. Diese endgültige Übernahme der vorehelichen Schulden erfolgt allerdings nicht bei allen Arten der Gütergemeinschaft, sondern nur bei der allgemeinen und Fahrnisgemeinschaft, und auch hier mit der einen Ausnahme, daß eine endgültige Übernahme der Schulden nicht stattfindet, wenn diese sich auf Vermögensstücke beziehen, die nach dem Gütersystem Sondergut sind: in diesem Falle ist die Übernahme der Schulden nur eine aushilfsweise und sind die Schulden daher ausgleichsbedürftig (§ 1463 Z. 2). Endgültige Zwecke sind

2. die Erfüllung der durch die Ehe gestellten Aufgaben, insbesondere auch der eheliche Aufwand (§§ 1458, 1529) und die Erziehung der gemeinsamen Kinder; daher liegt auch

---

[1]) KG. 7. April 1902, M. 4 S. 402.

ihre Ausstattung (nicht nur ihre Aussteuer) im Kreise dieser Betätigung, sofern sie das richtige Maß nicht übersteigt (§§ 1465, 1538).

II. Die Gemeinschaft als Lebensgemeinschaft dient aber auch dem vorläufigen Ziele der Aushilfe: die Gemeinschaft soll jedem Ehegatten Mittel gewähren, wenn er Dritten gegenüber in Schwierigkeit kommt, so insbesondere, wenn es sich um Delikthaftung[1]) und Verteidigung in Strafsachen handelt (§§ 1460, 1463); zu den Delikten gehören auch die Vertragsdelikte, d. h. die im Vertragsleben gespielten Unredlichkeiten, welche einen Deliktscharakter annehmen[2]); es gilt auch von den Prozeßkosten[3]): die Übernahme ist nur eine aushilfsweise, wenn der Prozeß selbst nicht die Ehefrau persönlich oder das Gesamtgut trifft (§ 1464)[4]). Auch darin kann eine Aushilfe liegen, daß der Ehemann oder daß die Ehefrau mit Zustimmung des Ehemannes ein eigenes, einer anderen Ehe entsprossenes Kind ausstattet (§ 1465). Solche Aushilfe ist eine fürsorgliche: die Gemeinschaft ist Schuldnerin der Gläubiger, aber nur vorbehaltlich einer Ausgleichung unter den Ehegatten. Und daß bei der verminderten Art der Gemeinschaft, bei der Errungenschaftsgemeinschaft überhaupt eine Ausnahme gilt, wird sich unten S. 271 zeigen.

III. Diese Ausgleichsbedürftigkeit unter den Ehegatten betrifft die Gläubiger nicht; nur auf einen Punkt wirkt sie ein.

Der Ehemann ist persönlicher Schuldner aller Gemeinschaftsschulden; wenn es sich aber um eine durch die Ehefrau auszugleichende Schuld handelt, so dauert diese seine persönliche Haftung nur so lange, als die Gütergemeinschaft dauert, und hört mit dieser auf (§ 1459)[5]).

---

[1]) Anders nach dem C. civ. a. 1424.

[2]) So wenn die Frau die Einwilligung des Mannes vorspiegelte und den Vertragsgegner zu Schaden brachte.

[3]) München 20. Juni 1910, M. 21 S. 231.

[4]) Daher kann die Ehefrau verlangen, daß ihr die Kosten eines Ehescheidungs- oder Anfechtungsprozesses vorgeschossen werden, zu welchem Zwecke sie eine einstweilige Verfügung erwirken kann, RG. 5. April 1900, Entsch. 46 S. 354. Vgl. oben S. 196.

[5]) Die Eintragung ins Güterrechtsregister hat hier keine Bedeutung; vgl. oben S. 229 Anm. 3.

IV. Bildung des Gesamtgutes.

1. Allgemeines.

§ 45.

I. Das voreheliche Vermögen kann in die Gemeinschaft fallen kraft Gesamtnachfolge; das während der Ehe erworbene Vermögen wird zunächst dem erwerbenden Ehegatten erworben; allein einmal erworben, springt es sofort von dem Ehegatten ab und wird Gemeinschaftsgut: in gleicher Weise wie seinerzeit im römischen Recht der Erwerb des Haussohnes sofort Hausvermögen und Vermögen des Hausvaters wurde.

II. Daraus ergibt sich:

1. Für den Dritten kommt zunächst nur der Erwerbsakt des Ehegatten in Betracht, aber er ist ein Erwerbsakt, der sofort auf die Gemeinschaft wirkt.

Der Dritte kann also Einwendungen und Einreden entgegenhalten, welche in der Person des erwerbenden Ehegatten begründet sind, insbesondere eine Arglisteinwendung oder eine Rückbehaltungseinrede; aber auch Einreden und Einwendungen, welche aus seiner Beziehung zur Gemeinschaft hervorgehen, z. B. eine Aufrechnungseinrede aus einer ihm gegen die Gemeinschaft zustehenden Forderung.

2. Handelt es sich um den Erwerb unübertragbarer Rechte, dann ist ein Abspringen auf die Gemeinschaft unmöglich, und das Recht bleibt Sonderrecht des erwerbenden Ehegatten (§ 1439 BGB.). Dahin gehört die Reichsversicherungsrente (§§ 119, 621, 1325 ReichsVersO.); dahin gehören auch die vindikativen Ansprüche, so der Bußanspruch, so die Ansprüche nach §§ 847, 1300, solange sie noch nicht durch Erklärung des Berechtigten und den ihr entsprechenden Vergleich oder Prozeß zu gewöhnlichen Vermögensansprüchen geworden sind; so auch das auf Geistesschöpfung des Ehegatten beruhende Immaterialgüterrecht, solange es nicht von dem Schöpfer der Öffentlichkeit preisgegeben ist; aber auch nachher fällt nicht das Werk, sondern nur sein pekuniäres Ergebnis in die Gemeinschaft; vor allem bleibt es dem

Schöpfer vorbehalten, über etwaige Verbesserungen, Veränderungen, Umgestaltungen zu bestimmen[1]).

Der Nießbrauch, den ein Ehegatte erworben hat, bleibt sein Nießbrauch, die Gemeinschaft erwirbt aber das, was man Ausübung des Nießbrauchs nennt[2]).

3. Auch die Rechtsverhältnisse gehen auf die Gemeinschaft nur über, soweit sie übertragbar sind: ein Mietverhältnis geht mit der Mietsache in gewöhnlicher Weise über, nicht aber ein Schenkungsverhältnis, und die Frage über Schenkungswiderruf bleibt eine persönliche Frage zwischen Schenker und Beschenktem[3]). Ebenso verhält es sich bei Erbverhältnissen bezüglich der Pflichtteils- und der Erbunwürdigkeitsfrage. Vgl. auch § 1453.

4. Wie aber der römische Sklave auch auf den Namen des Herrn Geschäfte abschließen konnte, so kann der Ehegatte auch auf den Namen der Gemeinschaft Geschäfte abschließen. Die Folge ist, daß die Gemeinschaft unmittelbar berechtigt wird, und daß insbesondere auf solche Weise auch Rechte erworben werden können, welche als unübertragbar nicht vom Vermögen des Ehemannes in das Vermögen der Gemeinschaft überspringen könnten.

5. Dementsprechend ist der Erwerb eines Grundstückes im Falle von 4 auf den Namen der Gütergemeinschaft (d. h. beider Ehegatten), im Falle 1, 2 auf den Namen des Ehegatten einzutragen, wenn er nicht im Falle 1 etwas anderes verlangt[4]). Eine nachträgliche Einschreibung auf den Namen der Frau ist nach § 22 GrundbO. nur mit ihrer Zustimmung möglich, sie ist aber zur Zustimmung verpflichtet (§ 1438 BGB.). Die Miteintragung der Frau kann aus den verschiedenen Gründen von Bedeutung sein, z. B. um eine

---

[1]) Urheberrecht an Schriftwerken S. 461f. und die dort erwähnte Praxis. Vgl. auch Pischel, Der Einfluß des Ehegüterrechts auf das der Ehefrau zustehende literarische Urheberrecht (1913). Vgl. unten S. 270 und oben S. 210.

[2]) Enzyklopädie II S. 59.

[3]) Vgl. Enzyklopädie II S. 100, 102.

[4]) Oberst. LG. München 6. November 1903, Entsch. f. G. 4 S. 108, und 10. Juli 1913, M. 27 S. 201. Vgl. auch Württemberg. Verwaltungsgerichtshof 27. Oktober 1909, JZ. 16 S. 711, Darmstadt 5. Mai 1913, Hess. Rechtspr. 1914 S. 73.

Vormerkung gegen beide Ehegatten zu erlangen (§ 40 GrundbO.)[1]).

III. Fällt das voreheliche Vermögen in die Gemeinschaft, so ist die Rechtsnachfolge eine Gesamtrechtsnachfolge. Daraus ergibt sich,

1. daß sie stattfindet für bewegliches und unbewegliches Gut, auch ohne Eintrag ins Grundbuch. Natürlich wird aber das Grundbuch von dem Augenblick der Gütergemeinschaft unrichtig, und die Richtigstellung kann begehrt werden, und zwar zunächst in der Art, daß beide Ehegatten zur Erklärung zusammenwirken[2]). Sollte der eine es verweigern, so könnte darauf geklagt werden. Hierüber gilt das vorhin Bemerkte.

2. Das Vermögen fällt ein mit Aktiven wie mit Passiven; nur gilt folgendes: der Passivübergang macht das Gesamtgut zum Schuldner, ohne den vorherigen Schuldner zu befreien. Es entsteht daher notwendig eine doppelte Schuld, so daß der Gläubiger den Ehegatten und das Gesamtgut in Anspruch nehmen kann. Mithin kann für eine voreheliche Frauenschuld der Ehemann und die Ehefrau verklagt und verurteilt werden; es ist natürlich dem Gläubiger bedeutungsvoll für die Gegenwart wie für die Zukunft, auch einen vollstreckbaren Titel gegen die Frau zu erwerben[3]).

3. Die Gesamtrechtsfolge ist eine Rechtsnachfolge nach internationalen Sukzessionsgrundsätzen: sie tritt ein für Grundstücke wie für Fahrnisse, ohne Rücksicht auf das Gesetz des Ortes, wo sie liegen, nur daß jeweils die für die Aufrechterhaltung des guten Glaubens gegebenen Publikationsvorschriften beobachtet werden müssen; dies gilt für das Inland wie für das Ausland: sind die entsprechenden Publikationsvorschriften nicht beobachtet, dann kann infolgedessen ein Dritter gegen die Gesetze der Gütergemeinschaft Eigentümer werden; dies ist eine Folge, welche sich eine jede Gemeinschaftsordnung mit Rücksicht auf den guten Glauben gefallen lassen muß.

---

[1]) KG. 28. November 1904, M. 11 S. 283.

[2]) Dies ist wegen der Zwangsvollstreckung und aus anderen Gründen wichtig, Darmstadt 13. September 1913, Hess. Rechtspr. 1914 S. 247.

[3]) Vgl. München 8. November 1906, M. 14 S. 228.

Die Frage über die internationale Bedeutung der Ehegemeinschaft war einst die Famosissima Quaestio des niederländischen Rechts: auf unserer Seite stand Molinaeus, auf der Gegenseite Argentraeus[1]).

4. Auch die begonnenen Rechtsverhältnisse werden übernommen, aber nur soweit die Rechtsordnung nicht widerstrebt. Ein solches Widerstreben findet aber in folgenden Fällen statt:

a) Der begonnene Prozeß der Frau wird von ihr als Prozeßstandschafterin fortgesetzt (§ 1454); das seinerzeit in der Sache ergehende Urteil wirkt gegenüber der Gemeinschaft und dementsprechend auch gegenüber dem Ehemann; die Vollstreckungsklausel ist dann auf das Gesamtgut und auf den Ehemann zu erstrecken (§ 742 ZPO.).

b) Die der Frau angefallene Erbschaft wird von der Frau angenommen oder ausgeschlagen (§ 1453).

IV. Der Satz, daß der Arbeitserwerb der Frau ihr vorbehalten ist und der Gemeinschaft fernbleibt, ist leider im BGB. nicht angenommen worden. Man hat geltend gemacht, daß ja auch der Arbeitserwerb des Mannes der Gemeinschaft zufällt und der eine Teil so behandelt werden müsse wie der andere. Hierbei ist aber vollkommen verkannt, daß die Stellung der Frau in der Gütergemeinschaft eine fast rein passive, die Stellung des Mannes eine aktive ist und sich zu einem, wenn auch beschränkten, Herrschaftsrecht gestaltet. Bei dieser Sachlage ist es höchst gefährlich, den Arbeitsverdienst der Frau dem Gesamtgut und damit dem Herrschaftsbereich des Mannes zu überantworten, der sogar in der Lage ist, ihren Arbeitslohn, schon bevor er fällig ist, zu beschlagnahmen und auf solche Weise die Frau, die für die Familie arbeitet, noch um ihren notdürftigen Lohn zu bringen.

Der gesetzgeberische Fehler trifft den reinen Arbeitslohn, wie das etwaige Arbeitsunternehmen der Frau.

V. Die Eingehung einer Gütergemeinschaft ist vom Familienstandpunkt aus zu betrachten, nicht als Vermögensgeschäft; die Meinung, daß sie eine Schenkung sei, muß daher

---

[1]) Vgl. darüber treffend Jitta, Festgabe des Auslandes für Kohler S. 118f.

sofort abgelehnt werden[1]); dazu kommt, was die Errungenschaft betrifft, der vollständig aleatorische Charakter.

Auch als Freigebigkeit ist die Eingehung einer Gütergemeinschaft nicht aufzufassen, sie kommt als solche mindestens nur nach einer Hinsicht in Betracht, nach § 1478 wegen des Undankverfahrens, worüber oben gehandelt worden ist. Was die Schuldanfechtung betrifft, so vgl. oben S. 223.

2. Mögliche Formen.

§ 46.

I. Die Art der Gütergemeinschaft hat von jeher namentlich zwei Formen angenommen, entweder die Gütergemeinschaft des ganzen Vermögens als Ausdruck der Lebensgemeinschaft, oder die Gütergemeinschaft des Erwerbes als Ausdruck des Gedankens, daß das eheliche Haus zugleich zur gemeinsamen Arbeit bestimmt ist. Dazu haben sich noch einige andere Formen gesellt, insbesondere hat man die Errungenschaftsgemeinschaft der allgemeinen Gemeinschaft dadurch angenähert, daß man die voreheliche Fahrnis gleichfalls in die Gemeinschaft einrücken ließ, mit Rücksicht darauf, daß es schwer hielt, Fahrnisse verschiedener Herkunft auseinanderzuhalten. So ergaben sich von selber die Typen der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Fahrnisgemeinschaft und der Errungenschaftsgemeinschaft.

II. Daneben haben sich aber, den vielgestaltigen Lebensverhältnissen entsprechend, in der Praxis einige weitere Formen entwickelt, die auch nach unserem Rechte als möglich erkannt werden müssen, soweit sie innerhalb der oben (S. 217f.) bezeichneten Grenzen liegen.

1. Alle genannten Gemeinschaftsformen können dadurch eine Modifikation erfahren, daß die Bruchteile der Gemeinschaft nicht zu halb und halb zählen, sondern sich nach anderen arithmetischen Grundsätzen bilden, also z. B. zwei Drittel und ein Drittel (Schwertteil, Kunkelteil), und diese Abweichung von der Hälfteteilung kann unbedingt oder bedingt erfolgen, bedingt besonders in der Art, daß der überlebende Ehegatte einen entsprechenden größeren Bruchteil

---

[1]) Vgl. oben S. 223.

haben soll; auch in der Art, daß, wenn die Ehe länger dauert, der Anteil des einen oder anderen Ehegatten wachsen soll[1]).

2. Es kann aber auch nicht als ausgeschlossen betrachet werden, daß einem Ehegatten die ganze Gemeinschaft zugewiesen wird; nur muß dies bedingt geschehen, so vor allem in der Art, daß der überlebende das Ganze bekommt. Dadurch wird die Gemeinschaft nicht verneint; denn für alle anderen Fälle bleibt das Bruchteilsverhältnis bestehen, namentlich für den Fall der Ehescheidung oder für den Fall der Lösung der Gütergemeinschaft während der Ehe. Übrigens ist im Fall des Überlebens der Vorgang nicht so anzusehen, als ob der Restbruchteil durch ein neues Rechtselement dem Überlebenden zugeführt würde, sondern die Gemeinschaft hat nach ihrem inneren Charakter das Bestreben, in diesem Momente den Ehegatten zum Volleigner zu machen.

3. Diese Gemeinschaftsklausel kann auch in der Art erfolgen, daß der Ehegatte nicht ohne weiteres zum Volleigentümer wird, wohl aber die Möglichkeit hat, es zu werden, wenn er den Erben eine bestimmte Summe ausbezahlt. Dies ist dann eine Art von Geschäft in Bausch und Bogen; der Überlebende hat gleichsam die Möglichkeit, den Gemeinschaftsbruchteil auszukaufen, was natürlich so aufzufassen ist, daß er kraft Gemeinschaftsrecht gegen Zahlung der Summe Volleigentümer wird; vgl. auch C. Nap. a. 1520.

III. Auch in der Art kann die Gemeinschaft verändert werden, daß zwar an sich das arithmetische Verhältnis dasselbe bleibt, daß sich aber Ausgleichsvorgänge vollziehen, welche den normalen Fällen fremd sind. So kann bestimmt werden:

a) daß das voreheliche Vermögen zwar in die Gemeinschaft fallen soll, aber nur gegen Ausgleichung; oder auch

b) daß zwar das voreheliche Vermögen ohne Ausgleichung einfallen soll, die vorehelichen Schulden aber so ausgeglichen

[1]) Dies scheint insbesondere am Rhein in jüdischen Familien üblich zu sein; es entspricht den Sätzen der Wormser Synoden und ist jüdisches Recht seit dem 13. Jahrhundert, Mielziner, Jewish Law of marriage p. 106.

werden müssen, als ob ein schuldenloses Vermögen in die Gemeinschaft gekommen wäre (vgl. auch C. Nap. a. 1514, 1510).

IV. Auch in der Zusammensetzung der Gemeinschaft können sich Änderungen ergeben, welche bereits früher erwähnt wurden. So kann die Fahrnisgemeinschaft noch dadurch eine Bereicherung erfahren, daß eine Reihe von Grundstücken in die Gemeinschaft fallen, wie wenn es Fahrnisse wären[1]): sie verlieren dadurch ihren Grundstückscharakter nicht, werden aber Gesamtgut, so daß die Fahrnisgemeinschaft der allgemeinen Gütergemeinschaft angenähert wird (vgl. C. Nap. 1507); doch muß es sich um bestimmt bezeichnete gegenwärtige Grundstücke handeln, während eine Einwerfung etwa zu erwerbender künftiger Grundstücke unzulässig wäre.

Dies kann auch in Verbindung mit Ausgleichsverhältnissen geschehen, z. B. so, daß dem Ehegatten für diesen Einwurf ein bestimmter Betrag aus der Gemeinschaft zugewiesen werden soll, was man auch so ausdrücken kann, daß das Grundstück nur bis zu einer bestimmten Summe der Gemeinschaft zukommt. Hier handelt es sich natürlich nur um Ausgleichsverhältnisse: das Grundstück fällt dinglich vollständig und ungeteilt in die Gemeinschaft.

Dagegen wäre eine Gemeinschaftsform in der Art, daß das Grundstück zu Eigentum der Ehefrau bliebe, der Ehemann aber das Recht hätte, darauf bis zu einem bestimmten Betrag eine Hypothek zu legen, unmöglich. Dies wäre die Begründung eines Pfandrechtes mit Verpfändungsrecht, wie im C. Nap. a. 1508[2]); aber ein solches haben wir nicht. Allerdings können wir ähnliche wirtschaftliche Zwecke durch andere Formen erreichen, namentlich dadurch, daß dem Ehemann eine Maximalhypothek an Grundstücken der Ehe-

[1]) Colmar 23. März 1904, M. 8 S. 333.

[2]) Über diese Gestaltung habe ich zuerst in meinen pfandrechtlichen Forschungen S. 1f. die nötige Erklärung gegeben. Die französischen Schriftsteller vor und nach dem C. Nap. hatten auch nicht eine Ahnung von Konstruktion, wie man denn auch bei der Jahrhundertfeier des C. Nap. den flachen Schwätzer Laurent den deutschen Leistungen vorgezogen hat.

frau zugewiesen wird; was aber dann in der üblichen hypothekarischen Form zu geschehen hat.

V. Es kann bei der allgemeinen Gütergemeinschaft Vorbehaltsgut beider Ehegatten, bei jeder Gütergemeinschaft Vorbehaltsgut der Ehefrau begründet werden; beides kann kraft Ehevertrags oder kraft eines den Erwerb des Vermögens begründenden Freigebigkeitsaktes erfolgen. In beiden Fällen muß aber, wie bereits oben ausgeführt, die Begründung des Vorbehaltsguts individualisiert werden: eine Klausel, daß, was die Ehegatten sich gegenseitig schenken, Vorbehaltsgut sein soll, ist wegen ihrer Unbestimmtheit nichtig[1]).

V. Lösung der Gemeinschaft.

1. Lösung selbst.

§ 47.

I. Jede Gemeinschaft muß die Möglichkeit haben, sich aus gerechtfertigtem Grund zu lösen: kein Vermögenseigner kann für immer unbedingt den Einwirkungen des Genossen preisgegeben sein; dies gilt insbesondere von einer allgemeinen Vermögensgemeinschaft, also auch von der Gütergemeinschaft unter Ehegatten.

Es gilt von der allgemeinen Gütergemeinschaft, es gilt auch von der Errungenschaftsgemeinschaft; doch diese folgt, was die Auflösung betrifft, besonderen Grundsätzen, worüber im speziellen Teil S. 271 zu handeln ist.

II. Die Lösung der Gütergemeinschaft aus gerechtfertigtem Grund erfolgt nie von selbst. Insbesondere hebt der Konkurs des Mannes die Gütergemeinschaft nicht auf, denn er zieht notwendig wegen der Schuldengemeinschaft das Gesamtgut mit in den Konkurs. Die Lösung der Gemeinschaft erfolgt stets nur auf Kündigung: Lösungsgründe sind Kündigungsgründe.

Die Kündigung erfolgt auch hier in der Form einer Klage, die sich als gestrecktes Rechtsgeschäft bis zur rechtskräftigen Entscheidung fortsetzt. Die Lösung vollendet sich durch rechtskräftiges Urteil und mit dem rechtskräftigen

---

[1]) KG. 16. März 1905. Entsch. f. G. 6 S. 53.

Urteil, aber so, daß der Kläger die schuldrechtliche Befugnis hat, vom Gegner zu verlangen, daß er den Vermögensstand herbeiführt, wie er wäre, wenn die Lösung bereits mit der Klageerhebung eingetreten wäre (§§ 1470, 1479, 1422).

III. 1. Die Gründe der Kündigung sind Gründe schuldhaften Verhaltens oder Gründe starker Gefährdung der Gemeinschaftsinteressen (§ 1468). Ersteres kann nur bei dem Ehemann vorkommen, letzteres bei beiden Ehegatten. Entmündigung des Ehemannes wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche und die ihr entsprechende Bevormundung hat die Lösung nicht zur Folge — anders als bei dem gesetzlichen Gütersystem; denn bei der Gemeinschaft handelt es sich nicht etwa bloß um Vermögen der Frau, sondern vor allem um Vermögen des Mannes: der Ehemann als Verwalter der Gemeinschaft verwaltet nicht ein fremdes, sondern ein Eigenvermögen; und wenn sich darüber eine vormundschaftliche Verwaltung auftürmt, so ist dies nicht ein Eingriff in eine fremde Verwaltung, sondern ein Eingriff in die eigene. Dasselbe gilt, wenn für den abwesenden Ehemann ein Abwesenheitspfleger aufgestellt wird.

2. Schuldhaftes Verhalten des Mannes kann sein:

a) Mißbrauch der Verwaltungs- und Verfügungsgewalt,

b) Versagung des der Frau und der Familie zu leistenden Unterhalts (§ 1468).

3. Die Gefährdung kann eine Gefährdung durch den Mann oder die Frau sein.

a) Die Gefährdung durch den Mann kann eine Gefährdung durch Schulden oder eine Verschwendungsgefährdung sein. Schuldengefährdung kann durch endgültige, wie durch ausgleichsbedürftige Schulden des Mannes eintreten, sie kann namentlich auch von vorehelichen Schulden des Mannes herrühren, die das künftige anfallende Frauenvermögen und ihr Arbeitsvermögen zu verzehren drohen; auch wenn nach dem Konkurs des Mannes das künftige Gemeinschaftsvermögen durch die nicht getilgten Schulden des Mannes bedroht wird, liegt ein solcher Fall vor. Schuldengefährdung kann vorhanden sein, auch wenn eine technische Überschuldung im Sinne des Konkursrechtes nicht vorliegt; es hat keinen Sinn, eine solche zu verlangen: das „überschuldet" im Sinne von

§ 1468 Z. 5 ist im Sinne von „verschuldet" zu nehmen[1]). Zur Verschwendungsgefährdung ist natürlich Entmündigung des Mannes wegen Verschwendung genügend, aber nicht erforderlich: es genügt eine irgendwie hervortretende, die Interessen der Gemeinschaft gefährdende Verschwendungssucht.

b) Die Gefährdung durch die Ehefrau kann nur Gefährdung durch Schulden sein; hier gilt aber die unberechtigte Beschränkung, daß nur ausgleichsbedürftige, nicht auch endgültige Schulden der Frau in Betracht kommen sollen, vor allem also Deliktschulden und Schulden, welche aus Verwendungen für das Sondergut stammen; dagegen kann wegen vorehelicher Schulden der Frau eine Auflösung nicht begehrt werden, und doch können sie den Ehemann zum Ruin bringen. Man kann aber bisweilen in der Art helfen: die Frau, welche solche Schulden verschwieg oder hinterhielt, hat bei Eingehung der Ehe ein Delikt im Sinne der §§ 823, 826 begangen und dafür als Deliktschuldnerin dem Manne Ersatz zu leisten, so daß hier der Ausgleichungsfall des § 1469 gegeben ist (S. 262).

2. Folgen der Lösung.

§ 48.

I. Die Lösung der ehelichen Gemeinschaft bewirkt ebenso wie die Lösung einer sonstigen Vermögensgemeinschaft nicht eine sofortige Zerblätterung des Vermögens; das Vermögen als Gesamteingriff wirtschaftlicher Elemente bedarf der Liquidation, und so bewirkt die Lösung zunächst das Entstehen eines Liquidationsverhältnisses: eines gewöhnlichen lösbaren Gemeinschaftsverhältnisses zwischen den Ehegatten: eines Gemeinschaftsverhältnisses am Ganzen, nicht an einzelnen Stücken, mit entsprechendem Ersatzerwerb nach den gewöhnlichen Grundsätzen der Gemeinschaft (§§ 1472, 1473). Erst die Auseinandersetzung dieses Verhältnisses führt dazu, daß das Gesamtvermögen in Einzelwerte zerlegt wird, die dann im Einzelvermögen eines jeden Ehegatten aufgehen. Das Gesamtgut ist auch jetzt noch unveräußerlich, es ist aber der Beschlagnahme der Gläubiger des betreffenden Ehegatten zugänglich (§§ 1471, 1442 BGB., § 860 ZPO.). Die Nutznießung

---

[1]) Unrichtig Hamburg 23. Oktober 1905, M. 12 S. 313.

des Gesamtgutes am eingebrachten Gut dauert fort, und ebenso die Haftung des Mannes für gewisse Schulden der Ehefrau nach § 1459 Abs. 2.

II. Die Besonderheiten der ehelichen Gütergemeinschaft aber gelten nicht mehr: das Gemeinschaftsrecht des Mannes ist nicht mehr ein gesteigertes, das Gemeinschaftsrecht der Ehefrau nicht mehr ein gemindertes, die Gemeinschaft haftet nicht mehr für die neuen Schulden der Ehegatten und umgekehrt, insbesondere auch nicht für die Deliktschulden; vielmehr erfolgt die Gemeinschaftsverwaltung durch rechtsgeschäftliche Betätigung beider Ehegatten nach Gemeinschaftsrecht: also mit gemeinschaftlichem Handeln beider, mit dem Rechte des richterlichen Anrufs gegen den widerspenstigen Genossen, wenn es sich um erforderliche Verwaltungsmaßregeln handelt, und mit dem Rechte des sofortigen Zugriffs eines jeden Genossen bei schleunigem Bedarf (§ 1472); auf diese Weise kann ein Genosse auch unberechtigte Veräußerungen, die während der Vollgemeinschaft gemacht wurden, angreifen[1]). Eine Forderung dieser Gemeinschaft kann nur an beide bezahlt oder hinterlegt werden; jeder der zwei Gemeinschaftsgenossen kann kraft Gesamtgläubigerschaft klageweise verlangen, daß in dieser Weise geleistet wird[2]), und verfügt ein Ehegatte unbefugt zugunsten eines Dritten, so hat der andere Ehegatte die Vindikation[3]). Die Schuldklage eines Gläubigers kann auf Gemeinschaftsgut nur dann zur Vollstreckung kommen, wenn entweder beide Ehegatten direkt verurteilt sind oder wenn mindestens der eine verurteilt und der Vollstreckungstitel auf den anderen erstreckt (der andere zur Duldung der Vollstreckung verurteilt) wird (§ 743 ZPO.).

III. Dieser grundsätzliche Wandel der Gemeinschaft ist natürlich auch für Dritte von der größten Bedeutung, da vor allem die Stellung des Ehemannes und seine Rechte völlig geändert sind, auch was die Wirksamkeit gegen Dritte betrifft. Der Wandel muß daher öffentlich gemacht werden

---

[1]) Unrichtig München 23. November 1907, Seuffert 63 Nr. 252.

[2]) RG. 30. Mai 1904, JW. 33 S. 410.

[3]) RG. 1. Dezember 1900, Entsch. 48 S. 269.

durch Eintragung in das Güterrechtsregister, mit den üblichen Folgen (§§ 1470, 1435).

IV. Die neue Gemeinschaft ist als Liquidationsgemeinschaft auf Auseinandersetzung angelegt, die Auseinandersetzung ist ihr Zweck; sollte die Gemeinschaft längere Zeit ohne Auseinandersetzung bestehen, so geschähe es kraft eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Gesellschaftsvertrages. Mithin bedarf es keines Antrages auf Auseinandersetzung, sondern nur eines Auseinandersetzungsvorschlages, der zur Auseinandersetzung kraft Übereinkunft (mit oder ohne Zutun der freiwilligen Gerichtsbarkeit) oder zur Auseinandersetzung kraft richterlichen Urteils führt.

Hierüber gilt folgendes:

1. Die Art der Liquidation ist dem Belieben der beteiligten Ehegatten freigegeben (§ 1474), aber natürlich so, daß die Gläubiger das volle Recht haben, aus der Gemeinschaft gedeckt zu werden, weshalb die Vermögensstücke erst dann in das Sondervermögen übergehen, wenn die Gläubiger befriedigt sind. Sollte dies unterbleiben, so haften die Ehegatten soweit, als die Gläubiger aus dem Gemeinschaftsvermögen hätten Befriedigung erlangen können.

2. Die Aktiven des Liquidationsvermögens kommen also den Teilungsgenossen nur zu nach Tilgung der Schulden. Diese Tilgung ist mit eine der Aufgaben des Liquidationsverfahrens. Jeder Teilnehmer hat ein Anrecht nur auf den Teil der Aktiven, welcher nach Schuldentilgung übrig bleibt; bekommt er mehr, ist eine Schuld zu zahlen vergessen, so hat er zu viel erhalten und hat deshalb in entsprechender Weise dem Gläubiger zu haften (§ 1480)[1]. Diese Haftung ist eine Haftung im Sinne des indirekten Wertrechts[2]).

3. Nach Schuldenliquidation ist der Anteil eines jeden Ehegatten festzustellen, wobei, falls Ausgleichsansprüche bestehen, der Teil des einen Ehegatten insoweit größer, der Teil des anderen um so viel kleiner wird (§ 1476). Dies ist

---

[1]) Dies gilt auch, wenn dem einen Ehegatten die ganze Gemeinschaft zugewiesen worden ist, RG. 15. Februar 1911, Entsch. 75 S. 295 (= JW. 40 S. 308).

[2]) Die Geltendmachung unterliegt den Regeln der §§ 780, 785, 786 ZPO.

wichtig; wenn z. B. ein Ehegatte nachträglich in Konkurs fällt, so kann die Konkursmasse nur den hiernach zu berechnenden Teil in Anspruch nehmen. Sind bei der Auseinandersetzung Ausgleichungen vergessen worden, so hat ein Ehegatte zu viel, der andere zu wenig erhalten: dieser kann daher vom anderen Ersatz verlangen; er kann auch verlangen, daß der andere Ehegatte ihn von den nicht ausgeglichenen Schulden befreit (§ 1481).

4. Die Ehegatten sind außerdem wegen der Ausgleichung einander schuldrechtlich verpflichtet; jeder Ehegatte ist insofern Gläubiger des anderen Ehegatten, aber nur Gläubiger dieses Ehegatten, nicht Gläubiger der Gemeinschaft, er kann daher nur auf den Teil des Gemeinschaftsvermögens greifen, der dem Ehegatten nach der Liquidation zukommt (§ 1476).

V. Die Liquidation endigt mit der Teilung, die sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen vollzieht (§ 752 BGB.): es handelt sich darum, an Stelle der Sachgemeinschaft zwei Komplexe von Einzelgegenständen gleichen Wertes und möglichst gleicher Art zu setzen. Hierbei kann die Hilfe des Amtsgerichts als Ehegericht in Anspruch genommen werden. Das Ehegericht kann nach Verhandlung mit den Beteiligten einen Plan anfertigen, auch kann zur Erledigung des Planes eine Losziehung stattfinden. Sind beide Teile einverstanden, so ist das Ergebnis zu bestätigen; der Bestätigungsbeschluß ist ein vollstreckbarer Titel (§§ 99, 93, 96, 98 GfG.). Ist ein Teil nicht erschienen, so tritt das Abwesenheitsverfahren nach § 91 ein. Das Ehegericht kann landesgesetzlich einen Notar mit der Auseinandersetzung betrauen (§ 193 GfG.)[1].

VI. Hierbei tritt nun auch das oben (S. 235) besprochene Herausnahmerecht des Ehegatten bezüglich des von ihm Eingebrachten und seiner Eigengebrauchssachen in Wirksamkeit (§ 1477)[2].

---

[1]) So Preuß. AusfG. a. 21f. So auch in Baden, Hessen, Elsaß-Lothringen.

[2]) Natürlich erst nach Gläubigerdeckung, denn dann erst kann geteilt und zugeteilt werden, RG. 9. Februar 1910, Entsch. 73 S. 41 (= JW. 39 S. 290).

VI. Gesamtgut und Sondergut.

§ 49.

I. Dem Gesamtgut können andere Vermögensmassen gegenüberstehen, welche gleichfalls den Ehegatten gehören: Sondergut des Ehemannes und Sondergut der Ehefrau; jedes Sondergut kann wieder eingebrachtes und Vorbehaltsgut sein; daraus ergeben sich 5 Vermögensmassen:

1. Gesamtgut,
2. das eingebrachte Gut der Frau,
3. das eingebrachte Gut des Mannes,
4. das Vorbehaltsgut der Frau,
5. das Vorbehaltsgut des Mannes.

Doch ist das Vorbehaltsgut des Mannes nur bei der allgemeinen Gütergemeinschaft möglich; bei der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft gibt es kein Vorbehaltsgut des Mannes: hier soll der Mann sein volles Sondergut dem Gemeinschaftsnutzen widmen. Vgl. auch S. 264.

Würde ihm hier kraft freigebiger Verfügung Vermögen zukommen mit der Bestimmung des Ausschlusses aus der Gütergemeinschaft, so ist es unweigerlich (mag die Bestimmung lauten wie sie will) eingebrachtes, nicht Vorbehaltsgut. Die Frau aber kann stets sowohl eingebrachtes Gut als auch Vorbehaltsgut haben, sei es kraft Ehevertrages, sei es kraft der Bestimmung freigebiger Zuwendung oder kraft Ersatzrechtes (§§ 1440, 1526, 1555, 1549).

II. Das eingebrachte Gut wird

1. nach den Regeln des gesetzlichen Gütersystems behandelt, nur mit dem großen Unterschied, daß auch das Vermögen des Ehemannes hier eine durchgreifende Änderung erfährt. Während bei dem gesetzlichen Gütersystem nur die Frau eingebrachtes Gut bringt, so ist nunmehr auch das Eigenvermögen des Mannes eingebrachtes Gut.

2. Das eingebrachte Gut der Frau steht, wie bei dem gesetzlichen Gütersystem, in der Nutznießung in der Art, daß die Frau nicht einmal über die nuda proprietas verfügen kann.

III. Auch bei dem eingebrachten Gut macht sich die Gemeinschaft dadurch geltend, daß die Nutznießung nicht,

wie bei dem gesetzlichen Gütersystem, eine Nutznießung des Ehemannes, sondern der Gemeinschaft ist und mithin beiden Ehegatten nach den Regeln der Gemeinschaftsverhältnisse zusteht.

Daraus geht hervor:

1. Die Früchte fallen dem Gesamtgut zu.

2. Die Nutznießungsausgleichungen finden zwischen dem Gesamtgut und dem eingebrachten Gut statt.

3. Die Nutznießung und das Gesamtgutverhältnis bilden eine Einheit, die nur zusammen bestehen kann; weshalb, wenn die Gütergemeinschaft aufhört, auch die Nutznießung aufhören muß, so daß dann nicht etwa das gesetzliche Gütersystem, sondern die Gütertrennung folgt.

4. Die Gemeinschaft darf die Früchte des eingebrachten Gutes der Frau ziehen und wird Eigentümerin der Früchte nach den Regeln des Nießbrauches, aber sie hat kein Recht, das eingebrachte Vermögen, soweit es nicht aus verbrauchbaren Stücken besteht, ohne Zustimmung der Ehefrau zu veräußern; die Veräußerung verbrauchbarer Sachen kann natürlich durch den Ehemann als Herrn der Gemeinschaft erfolgen, soweit er über die Gemeinschaft verfügen kann; er darf es daher nicht schenkungsweise tun, außer mit Zustimmung der Ehefrau, denn diese ist Gemeinschaftsgenossin.

Was aber das eingebrachte Gut des Mannes betrifft, so gilt wiederum der Satz: die Gemeinschaft darf die Früchte ziehen, aber sie darf die nicht verbrauchbaren Stücke nur mit Zustimmung des Ehemannes als Eigentümer veräußern. Da es aber regelmäßig der Ehemann selbst ist, der wirkt und handelt, so ist diese Zustimmung natürlich von selbst gegeben; der Ehemann als Herr der Gemeinschaft darf also dieses Verfügungsrecht ausüben, er darf die eingebrachten Gegenstände veräußern und damit die Nutznießungsrechte der Gemeinschaft preisgeben, nur mit der Schranke, daß er es ohne die Ehefrau nicht schenkungsweise tun darf, denn sie ist Gemeinschaftsgenossin (§§ 1525ff., 1373ff., 1439, 1549, 1554).

5. Die Gemeinschaft kann das eingebrachte Gut auch indirekt benutzen; sie kann mit Hilfe des eingebrachten Gutes ein Erwerbsgeschäft betreiben; dieses ist ein Geschäft der Gemeinschaft.

6. Soweit die Gemeinschaft ein Nutznießungsrecht hat, ist sie dem Ehegatten, um dessen Eigentum es sich handelt, auskunftspflichtig; daher hat der Ehemann der Ehefrau solche Auskunft zu geben, aber nur für seine Tätigkeit gegenüber ihrem eingebrachten Gut, nicht für die Weiterverwendung der Ergebnisse in der Gemeinschaft: denn in dieser Beziehung ist er als Herr der Gemeinschaft von jeder Auskunftspflicht frei (§§ 1374, 1456). Vgl. S. 269.

IV. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft gibt es regelmäßig kein eingebrachtes Vermögen, sondern nur einzelne eingebrachte Vermögensstücke, die darum eingebracht sind, weil sie wegen der Unveräußerlichkeit nicht in das Gesamtgut fallen können. Daraus geht hervor: werden sie umgetauscht und treten durch Verkehrsgeschäft andere Gegenstände an ihre Stelle, dann fallen diese in das Gesamtgut, es müßte denn sein, daß auch sie unveräußerlich sind; denn der Grund, sie dem Gesamtgut zu entziehen, ist weggefallen (§§ 1439, 1554 BGB.).

V. Bei den anderen Gütergemeinschaften bildet das eingebrachte Gut und das Vorbehaltsgut regelmäßig nicht bloß eine Summe einzelner Gegenstände, sondern je eine Gesamtheit, und gilt daher der Grundsatz des direkten wie des indirekten Ersatzerwerbes (§§ 1524, 1440, 1526, 1554, 1370 BGB.)[1]).

VI. Die mit der Ehe eintretenden Nutznießungsverhältnisse beeinflussen auch die Schuldenhaftung. Für die Schulden des Ehemannes haftet sein eingebrachtes Gut ohne Rücksicht auf die Nutznießung, weil für die Schulden des Ehemannes auch die Gemeinschaft haftet, die ja (gewissermaßen) die Nutznießerin ist. Für die Schulden der Ehefrau haftet ihr eingebrachtes Gut, und zwar für die vorehelichen durchgängig, für die während der Ehe entstandenen Schulden dann, wenn es Deliktschulden oder Bereicherungs- oder Geschäftsführungs- oder Alimentationsschulden sind, für die Rechtsgeschäftsschulden aber nur, wenn der Ehemann sie

---

[1]) Abgesehen auch hier von dem Fall, daß ein Stück, das sonst in die Gemeinschaft gefallen wäre, nur deshalb Sondergutstück blieb, weil es unveräußerlich ist, § 1554. Vgl. S. 267.

durch seine Zustimmung zugleich auf das Nutznießungsvermögen genommen hat (§§ 1411, 1525), alles nach den Grundsätzen, die oben S. 202 bei dem gesetzlichen Gütersystem entwickelt wurden.

VII. 1. Wo immer verschiedene Vermögensmassen nebeneinander stehen, wie hier das Gemeinschafts- und das Sondergut, gibt es Ausgleichungen nach den Regeln der Wertbereicherung (§§ 1463—1466, 1535—1539). Sie finden statt für Aufwendungen von einem Vermögen in das andere, wobei aber wohl zu bemerken ist, daß Aufwendungen auf ein Erwerbsgeschäft der Gemeinschaft Gemeinschaftsaufwendungen sind, auch wenn dabei Sondergutsstücke einen Wertzuwachs erfahren (§ 1537); sie findet statt, soweit die Aufwendungen zu aktuellen Bereicherungen führten, aber auch soweit die Aufwendung den Charakter menschenhelfender Geschäftsführung hat (§ 1539); sie finden statt, wenn durch widerrechtlichen Eingriff in das Sondervermögen das Gesamtgut bereichert wird (§ 1455); sie findet statt, wenn das Gesamtgut durch Deliktschuld eines Ehegatten, überhaupt in Aushilfsweise belastet worden ist (§§ 1463, 1464, 1536, oben S. 202). Die Verjährung unter Ehegatten ist gehemmt (§ 204).

2. Die Ausgleichung ist regelmäßig eine Bereicherungsausgleichung, keine Äquivalentausgleichung: eine solche kann aber begründet sein aus einem besonderen, neben den familiären Ehegattenbeziehungen bestehenden rechtsgeschäftlichen Akten, z. B. wenn der Ehemann als Baumeister seiner Frau ein Haus gebaut hat (§ 1539)[1]. Auch kraft Deliktes ist eine stärkere Haftung möglich; so, wenn der eine Ehegatte den anderen über den vorehelichen Schuldenstand getäuscht und hierdurch die Gemeinschaft (und eventuell das Sondervermögen des Ehemannes) geschädigt hat, oben S. 255.

3. Die Ausgleichung ist regelmäßig eine Gesamtausgleichung: sie soll nicht zersplittert werden in einzelne Sonderausgleichungen; denn wenn das eine Gut dem anderen schuldet, so kann umgekehrt wieder dieses dem anderen schuldig werden, weshalb man wie beim Kontokurrent bis zum Schluß warten muß. Doch gilt dies ausnahmslos nur vom

---

[1]) Vgl. Hörle, Arch. f. ziv. Praxis 96 S. 311.

Verhältnis zwischen dem Sondervermögen des Ehemannes und der Gemeinschaft, weil hier der Ehemann stets in der Lage ist, eine Verschiebung eintreten zu lassen; es gilt nicht für Anforderungen der Frau an die Gemeinschaft, weil diese sonst völlig in der Hand des die Gemeinschaft führenden Mannes wäre, und es gilt für Anforderungen der Gemeinschaft an die Frau dann nicht, wenn die Frau Sondergut hat, welches der Gemeinschaft wertrechtlich aufkommen kann (§§ 1467, 1541)[1]).

VIII. 1. Auch Vorbehaltsgut und eingebrachtes Gut sind zwei verschiedene Vermögensmassen, aber sie sind im Gegensatz zu dem vorigen Fall zwei Vermögensmassen innerhalb desselben Eigentumsvermögens. Daher kann a) nicht etwa ein Konkurs des einen oder anderen Vermögens eintreten, wenn auch beim Konkurs der Ehefrau eine Sonderbehandlung der beiden Vermögen stattfinden muß mit Rücksicht darauf, daß das Vorbehaltsgut für alle, das eingebrachte Gut aber nur für gewisse Gläubiger wertrechtlich zugriffsfähig ist[2]). b) Es können zwischen beiden Vermögensmassen zwar conti finti stattfinden, aber keine schuldrechtlichen Verhältnisse: schuldrechtliche Verhältnisse sind nur möglich zwischen der Ehefrau und dem Ehemann, wonach dieser als Vermögensnutznießer verpflichtet ist, aus seiner Nutznießung Gegenstände zur freien Verfügung in das Vorbehaltsgut der Frau zu übertragen.

2. Wohl aber sind es zwei Vermögensmassen mit besonderer wirtschaftlicher Entwicklung. Daher gilt

a) das dingliche Ersatzsystem in vollständigem Maße (§§ 1371, 1381, 1382),

b) das System der conti finti, welches bei der Auseinandersetzung in Betracht kommt;

c) es gilt aber auch, wie im vorigen Fall, das System der Ausgleichungen, wenn etwas aus der einen Vermögensmasse in die andere übergegangen ist, ohne daß für diese Wertverschiebung ein gesetzlicher Grund vorliegt. Das Vor-

---

[1]) Nur insoweit, Hamburg 26. Juni 1903, M. 7 S. 404, und Hamburg 6. November 1906, M. 14 S. 228.

[2]) Vgl. darüber oben S. 206.

behaltsgut hat seinen besonderen Schuldenstand; die Ausgleichung ist auch hier eine Bereicherungsausgleichung (§§ 1461, 1462, 1467, 1541).

Eine solche Ausgleichung kann auch bei Deliktschulden der Frau eintreten: für diese haftet zwar das eingebrachte Gut, aber nur aushilfsweise vorbehaltlich des Ersatzes durch das Vorbehaltsgut (§§ 1411, 1415). Es gelten in dieser Beziehung die Grundsätze des gesetzlichen Gütersystems (§ 1525).

3. Das Grundbuch hat nicht die Funktion, anzugeben, ob etwas Vorbehaltsgut oder eingebrachtes Gut ist; ein solcher Vermerk ist daher nicht aufzunehmen[1]).

2. Titel.

Einzelne Formen.

I. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§ 50.

I. Die allgemeine Gütergemeinschaft ist das Vollbild der Gütergemeinschaft: mit ihr gelangt das Institut nach allen Seiten zur unbeschränkten Entwicklung. Eingebrachtes Gut ist hier eine Ausnahme, die auf Ehevertrag oder auf freigebiger Verfügung beruht[2]). Abgesehen hiervon sind nur diejenigen Vermögensstücke von der Gemeinschaft ausgeschlossen, die wegen ihrer Unveräußerlichkeit eine Rechtsnachfolge ausschließen. Daneben kann es Vorbehaltsgut des Mannes und Vorbehaltsgut der Frau geben, kraft Ehevertrages, kraft freigebiger Zuwendung, kraft Ersatzrechtes (§§ 1440, 1369, 1370). Vgl. S. 259.

II. Von einer Nutznießung am eingebrachten Gut ist also kaum die Rede und die Grundsätze des Gemeinschaftsgutes treten rein in Anwendung. Sie leitet darum von selbst über auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft, die, wenn sie nicht im Ehevertrag ausgeschlossen ist, hier ohne weiteres eintritt, sobald gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind (§§ 1482, 1483).

---

[1]) Vgl. darüber oben S. 209.

[2]) Dies ist auch unter der allgemeinen Gütergemeinschaft möglich. Warum sollte hier nicht neben dem Vorbehaltsgut auch eingebrachtes Gut begründet werden können? Vgl. § 1553.

III. Vorbehaltsgut kann der Ehemann und die Ehefrau haben; es wird durch den Ehevertrag bestimmt, sei es sofort, sei es durch späteren Nachtrag[1]); oder es wird durch das Bestimmungsrecht des freigebigen Dritten geschaffen, der einem Ehegatten Zuwendungen macht. Daß im übrigen nicht einmal die Kleider Vorbehaltsgut sind, mag verwunderlich erscheinen; doch wäre es ein Mißbrauch der Gemeinschaftsgewalt, wenn der Ehemann der Frau die ihren Verhältnissen angemessenen Kleidungsstücke wegnehmen wollte.

IV. Über den Fall, daß der eine Ehegatte zur Strafe des anderen beanspruchen kann, daß die allgemeine Gütergemeinschaft zur Errungenschaftsgemeinschaft herabgesetzt wird (§ 1478), ist bereits oben S. 147 gehandelt worden.

II. Fahrnisgemeinschaft.

§ 51.

I. Neben der allgemeinen Gütergemeinschaft besteht die irrig so genannte Fahrnisgemeinschaft[2]). Sie ist in der Tat nichts anderes als eine allgemeine Gütergemeinschaft, bei welcher die unbeweglichen Vermögensstücke des vorehelichen und des anfallenden Vermögens von der Gemeinschaft ausgeschlossen sind: die unbewegliche Errungenschaft dagegen fällt in die Gemeinschaft, soweit sie in die Gemeinschaft fallen kann, also mit Ausnahme der etwaigen unveräußerlichen Stücke, welche als unveräußerlich der Rechtsnachfolge widerstehen (§§ 1552, 1439).

II. Unbewegliches Vermögen ist 1. das Eigentum an unbeweglichen Sachen samt Zubehör; unbewegliches Vermögen sind 2. die dinglichen Rechte an solchen unbeweglichen Sachen, abgesehen von Wertrechten, denn die Wertrechte werden mit Rücksicht auf die von ihnen erstrebte Wertsumme in allen Punkten dem beweglichen Vermögen zugerechnet, so auch natürlich die Wertanteile an Aktiengesellschaften, Gesellschaften m. b. H., auch an offenen Handelsgesellschaften; nur die veralteten Reallasten machen hier eine Ausnahme;

---

[1]) Hamburg 27. April 1905, M. 12 S. 312.

[2]) Die Gütergemeinschaft des französischen Rechts. Sie wird heutzutage selten ausbedungen, wie es scheint selbst in Ländern des früheren französischen Rechts, vgl. Arch. f. bürg. Recht 32 S. 447.

3. Forderungen auf Übertragung, Begründung, Aufhebung eines unbeweglichen Rechtes folgen der Natur dieses Rechtes: sie haben die direkte Aufgabe, den Stand des unbeweglichen Gutes zu regeln. Ist das Recht alternativ, so entscheidet die Wahl (ohne jeden Ausgleich). 4. Dem unbeweglichen Gut kann anderes Gut gleichgestellt werden kraft Ehevertrags oder kraft der Bestimmung freigebiger Zuwendung (§ 1553).

III. Der Ausschluß des vorehelichen unbeweglichen Vermögens ist ein Ausschluß kraft Einzelrechts, nicht kraft Gesamtrechts: die unbeweglichen Einzelstücke werden nicht etwa zu einer Sondergutsgesamtheit (zu einer Universitas) zusammengefaßt. Daher:

1. Trotzdem die Gesamtfolge des vorehelichen Vermögens sich auf die Fahrnisse beschränkt, haftet die Gütergemeinschaft für sämtliche vorehelichen Schulden, ohne daß etwa eine Teilung nach Maßgabe der Verhältnisse des beweglichen und unbeweglichen vorehelichen Vermögens stattfindet.

2. Aber auch nicht einmal ausgleichsweise fällt ein Teil der Schulden auf das unbewegliche Vermögen: besteht das voreheliche Vermögen zur Hälfte aus beweglichen, zur Hälfte aus unbeweglichen Gegenständen, so haftet die Gütergemeinschaft trotzdem für alle vorehelichen Schulden, ohne daß aus dem Sondergut, in welches das voreheliche unbewegliche Vermögen fällt, eine Ausgleichssumme zu zahlen wäre. Der Grund beruht darauf, daß man die Ausscheidung des vorehelichen Fahrnisvermögens gegenüber dem später errungenen für zu schwierig und unsicher hielt, als daß man darauf eine Ausgleichungsrechnung hätte gründen können; beruht doch die ganze Fahrnisgemeinschaft auf dem Gedanken, daß Fahrnisse schwer auseinanderzuhalten sind.

IV. Anders verhält es sich mit dem angefallenen Erbvermögen. Zwar wird auch hier zunächst das unbewegliche Gut nur als Einzelgut betrachtet, und die Gütergemeinschaft ist die Schuldnerin der Erbschaftsgläubiger ohne Rücksicht darauf, ob in der Erbschaft viel oder wenig Fahrnisse gewesen sind. Allein diese Totalschuld ist nur eine aushilfsweise: jeder Ehegatte hat das Recht, eine endgültige Gestaltung in der Art zu verlangen, daß die Erbschafts-

schulden nach Maßgabe des beweglichen und unbeweglichen Aktivvermögens bruchteilweise umgelegt werden (§ 1556)[1]. Ist die Erbschaft Miterbschaft, dann entscheidet für die Berechnung des beweglichen und unbeweglichen Gutes ausschließlich die Teilung, da vor der Teilung kein Miterbe ein festes Anrecht auf einen Bruchteil der einzelnen Erbschaftssachen hat: erst die Erbteilung gibt an, was dem einen und anderen am beweglichen und unbeweglichen Gute zugefallen ist. Vor der Teilung besteht ein Gesamtvermögensmiteigentum, nicht ein Einzelvermögensmiteigentum[2].

V. Dagegen wird nach einer dritten Richtung das unbewegliche Gut vollständig als eine Vermögensgesamtheit betrachtet: es gilt das Ersatzsystem, und zwar nicht bloß wie im älteren Rechte, wenn zum Ersatz des einen unbeweglichen Vermögensstückes ein anderes unbewegliches Stück erworben wird (C. N. a. 1434, 1435)[3], sondern auch wenn ein bewegliches Stück dafür eintritt (§§ 1554, 1524).

Dabei ist allerdings zu bemerken, daß ein errungenes Vermögensstück, das nur wegen seiner Unveräußerlichkeit von der Gemeinschaft ausgeschlossen ist, zwar in das Sondervermögen fällt, aber nur als Einzelstück, nicht als Teil einer Gesamtheit. Daher gilt für ein solches Einzelstück kein Ersatzprinzip: denn die Sondergutseigenschaft eines solchen Grundstückes hat einen singulären und keinen allgemeinen Vermögenscharakter (§ 1554). Vgl. S. 261.

VI. Die Bestimmung, daß der schuldige Ehegatte bei der Ehescheidung ähnlich behandelt werden kann, als ob es sich um eine Errungenschaftsgemeinschaft handelte, besteht auch hier (§ 1478).

---

[1]) So auch C. Nap. a. 1414.

[2]) Die entgegengesetzte Entscheidung des RG. 15. Februar 1911, Entsch. 75 S. 295, wonach das gegenseitige Größenverhältnis des beweglichen und unbeweglichen Vermögens bei Erbanfall entscheiden soll, widerspricht völlig den Gemeinschaftsgrundsätzen und beruht auf verkehrter Vorarbeitenjurisprudenz. Allerdings hat das RG. 30. März 1886, Entsch. 15 S. 324, schon unter dem französischen Rechte so entschieden, aber unter Mißkennung des a. 883 C. Nap.

[3]) Über die Geschichte des remploi werde ich im Güterrecht der französischen Coutumes weitere Darstellung geben, vgl. Lebrun, Traité de la communauté II livre III Ch. II sect. 1 dist. II a. 6.

III. Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 52.

I. Die Errungenschaftsgemeinschaft ist ein Mittelding zwischen dem gesetzlichen Gütersystem und der Gütergemeinschaft: in das Gesamtgut fällt hier die Errungenschaft, alles andere soll nach den Regeln des gesetzlichen Gütersystems behandelt werden[1]).

II. Diese Gemeinschaftsform beruht ursprünglich auf dem Gedanken der gemeinsamen Arbeit, der Kollaboration, welche in bäuerlichen Verhältnissen und in kleinbürgerlichen Handwerkerfamilien zur Tatsache wird, wo die Frau einfach an der regelmäßigen Erwerbsarbeit teilnimmt. In späteren Zeiten ist der Erwerb selten ein Kollaborationserwerb, sondern ein Erwerb eines jeden Ehegatten, namentlich des Ehemannes; und daß die Frau daran beteiligt ist, entspricht dem Gedanken, daß sie dem Manne eine Lebenslage zu verschaffen hat, in welcher er leichter als sonst, von kleinlichen Sorgen befreit, sich seiner erwerbenden Arbeit hingeben kann. Immerhin ist eine solche Beteiligung auch hier gerechtfertigt; allerdings ist zu sagen:

1. der Miterwerb der Frau zu halb und halb ist übermäßig und nicht sachgemäß, ein Miterwerb zu ein Drittel und zwei Drittel wäre den Verhältnissen entsprechender[2]);

2. daß auch die Arbeit der Frau in die Gemeinschaft fällt, ist nicht sachgemäß und ist schon oben (S. 249) gerügt worden.

III. Erwerb ist nicht nur Arbeitserwerb, sondern Errungenschaftserwerb, d. h. ein Erwerb, der anders als auf dem Wege der familiären Beziehung oder der freigebigen Zuwendung erfolgt. Daher gehört hierher auch jeder Spekulationsverdienst, auch wenn er mit Hilfe von Sondervermögen gemacht worden ist[3]), außer soweit es sich bloß um einen Ersatzerwerb von Sondergut zu Sondergut handelt (§ 1524):

---

[1]) Sie wird ziemlich häufig bedungen, so vor allem in Württemberg, aber auch in Gebieten des französischen Rechts, vgl. Arch. f. bürg. Recht 32 S. 447.

[2]) Er findet sich nicht nur in deutschen Rechten (Schwertteil, Kunkelteil — z. B. in Franken), sondern auch in Ostasien.

[3]) RG. 14. Mai 1907, Entsch. St. 40 S. 171.

es kommt also darauf an, daß der Spekulationscharakter überwiegt, und dies ist der Fall, wenn die das Sondergut betreffenden Geschäfte einen Teil eines Erwerbsunternehmens bilden. Auch der Erwerb durch Gabe des Schicksals, wie z. B. durch gewöhnliches Finden, durch Schatzfinden und durch das Los ist als Erwerb durch eigene Lebensbetätigung zu betrachten und fällt in die Gemeinschaft[1]). Unerlaubter Erwerb: Erwerb durch Kuppelei, Schmugglerlohn, Diebstahlsgewinn wird rechtlich ignoriert: es wäre unwürdig, wollte ein Ehegatte kraft der Gütergemeinschaft daran Teile erwerben.

IV. Hierbei muß noch folgendes bemerkt werden:

1. Soweit der Erwerb sich als Fruchterwerb aus dem eingebrachten Gute darstellt, ist es ein Fruchterwerb kraft Nutznießung, welchen die Gemeinschaft durch den Ehemann aus diesem Vermögen zieht. Der sonstige Erwerb, vor allem der persönliche Arbeitserwerb und der Spekulationserwerb ist ein Erwerb, welcher nicht aus der Nutznießung, sondern direkt aus dem Gemeinschaftsrecht folgt.

Dies ist bedeutsam, denn

a) die Nutznießungslasten ruhen zunächst auf der Nutznießung, was namentlich für die Zahlung vorehelicher Frauenschulden von Bedeutung ist (§ 1529); vgl. S. 271;

b) zur Erwerbstätigkeit ist kein Ehegatte dem anderen vermögensrechtlich in der Art verpflichtet, daß er ihm für den Mangel der Erwerbstätigkeit entschädigungspflichtig würde; in bezug auf die Gemeinschaftsverwaltung haftet der Ehemann nur in beschränktem Maße (§ 1456); in bezug auf die Nutznießungsverwaltung des eingebrachten Gutes haftet er nach § 1359. Vgl. S. 261.

2. Auch der Erwerb aus Erwerbstätigkeit ist kein bloßer Nettoerwerb, sondern ein Erwerb von Bruttogütern, welche direkt in die Gemeinschaft fallen unter Tragung der Kosten, Lasten und Schulden. Die Verwandlung in das Nettoeinkommen vollzieht sich innerhalb, nicht außerhalb der Gemeinschaft; es ist nicht etwa wie im Falle des § 1655, daß nur der Nettoreingewinn in die Gemeinschaft fiele.

---

[1]) Das Gegenteil hat man unter dem württemb. LR. angenommen, vgl. Faber, Arch. f. ziv. Praxis 99 S. 231.

V. Zur Errungenschaftsgemeinschaft gehört demnach nicht das Vermögen, welches die Ehegatten zur Zeit der Ehe (als fertiges erworbenes Vermögen) haben, und auch nicht dasjenige, was ihnen nachträglich durch familiäre Beziehungen oder Freigebigkeit (Beerbung, Ausstattung oder testamentarische Zuwendung, durch Schenkung oder durch Erfüllung eines früheren Schenkungsversprechens) zukommt (§ 1521), es müßte denn sein, daß die ausdrückliche Bestimmung des Erblassers das Vermögen zum gemeinschaftlichen macht, da auch hier die Verfügung des Erblassers durchschlägt; und ein solches ist ohne weiteres anzunehmen, wenn die Zuwendungen in periodischer Weise und in solchen Beträgen erfolgen, daß sie als regelmäßiges oder unregelmäßiges Einkommen erscheinen (§ 1521). Auch diejenigen Freigebigkeiten werden gemeinschaftlich, welche kraft ihrer vorwaltenden Natur den Charakter der Arbeitsvergeltung haben (Trinkgelder, Remunerationen usw.). Dagegen gehört in das Sondergut des Ehegatten alles dasjenige Vermögen, welches einen höchst persönlichen Charakter hat, so insbesondere

1. eine lebenslängliche Rente, die gerade speziell für die Person des Rententrägers bestimmt ist, ferner

2. ein Erwerb, namentlich ein Lebensversicherungserwerb, der dem einen Ehegatten nach dem Tode des anderen zukommt (§ 1522 BGB.). Über Autorrechte ist bereits gehandelt worden (S. 246 und 210).

VI. Daher haben die Ehegatten, namentlich auch die Ehefrau, meist ein erhebliches Sondervermögen. Hieraus ergibt sich

1. die Pflicht, zum Bestandverzeichnis mitzuwirken, die hier für das eingebrachte Gut beider Ehegatten gilt (§§ 1528, 1372, 1035);

2. eine Beschränkung der Schuldenhaftung. Da das voreheliche Vermögen und das Erbvermögen nicht in die Gemeinschaft fällt, so tritt hier keine Gesamtnachfolge ein: daher bleiben der Gemeinschaft sowohl die vorehelichen Schulden als auch die Erbschaftsschulden fremd. Keine Ausnahme davon ist es, wenn Schulden als Nutznießungsschulden der Gemeinschaft obliegen: wurden sie während der Ehe

eingegangen, so hat die Gemeinschaft sie zu tragen; aber auch wenn sie aus der Zeit vor der Ehe stammen und sich auf Nutzungsverhältnisse beziehen, welche während der Ehe fortdauern, ist dies der Fall, z. B. wenn vor der Ehe für die Bewirtschaftung der Güter ein Darlehen aufgenommen wurde (§§ 1529, 1531, 1384 f.). Vgl. S. 269.

VII. Daneben gilt allerdings

1. der allgemeine Grundsatz der aushilfsweisen Haftung der Gemeinschaft für alle Schulden des Ehemannes, daher auch für seine vorehelichen Schulden und seine Deliktschulden, vorbehaltlich der Ausgleichung (§§ 1530, 1536),

2. und ferner der Grundsatz, daß alle Schulden der Gemeinschaft aushilfsweise persönliche Schulden des Ehemannes sind (§ 1530).

3. Dagegen ist der Grundsatz von der aushilfsweisen Haftung der Gemeinschaft für die Deliktschulden der Frau (und für die Schulden der Frau aus Menschenhilfe) nicht aufgenommen. Man nimmt an, es genüge, wenn das Sondervermögen der Frau diesen Gläubigern preisgegeben wird, und dieses Sondervermögen ist meist beträchtlicher als bei den übrigen Gemeinschaftsformen. Eine Ausnahme gilt von den Quasideliktschulden der Frau aus einem von ihr mit Zustimmung des Mannes betriebenen Erwerbsgeschäft: diese Quasideliktschulden sind Geschäfts- und damit Gemeinschaftsschulden (S. 243). Sodann haftet die Gemeinschaft für die familienrechtlichen Unterhaltspflichten der Frau: denn die Gemeinschaft darf die Familie eines der Ehegatten nicht darben lassen (§ 1534, vgl. auch § 1604).

VIII. Da die Errungenschaftsgemeinschaft eine Mittelstufe einnimmt und hier bestimmungsgemäß sowohl ein Gesamtgut als auch ein in Nutzung stehendes eingebrachtes Gut vorhanden ist, so gelten bei ihr die Auflösungsgründe beider Systeme:

1. die Auflösung tritt ein aus den Gründen des gesetzlichen Gütersystems und

2. aus den Gründen der Gütergemeinschaft.

Daher hört

1. die Gemeinschaft von selber auf mit Konkurs und Todeserklärung des Ehemannes, aber auch mit Todes-

erklärung der Ehefrau[1]), bei beiden mit dem Todesdatum (§§ 1543, 1544).

2. sie erfolgt kraft Kündigung der Frau, aber nicht nur bei Gefährdung des Frauenvermögens und bei Verschulden des Mannes, sondern auch wenn dieser unverschuldet in die Lage kommt, daß das Nutznießungsvermögen in die Verwaltung eines Dritten gelangen würde; so wenn er entmündigt oder wenn für ihn ein Pfleger, auch ein Abwesenheitspfleger bestellt wird (§§ 1542, 1418, 1468).

3. sie erfolgt kraft Kündigung des Ehemannes nach den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechtes (§§ 1469, 1542).

Die Kündigung erfolgt in beiden Fällen kraft gestreckten Rechtsgeschäfts: kraft Klage und Durchführung der Klage im Prozeß.

IX. Die Wiedereinstellung der Gemeinschaft kann auch hier eintreten, und zwar ebenfalls kraft gestreckten Rechtsgeschäftes. Auch die Frau kann im Falle ihrer unberechtigten Todeserklärung die Wiedereinstellung verlangen (§ 1547); ja noch mehr, die Frau kann die Wiedereinstellung auch verlangen, wenn die Gemeinschaft durch Konkurs des Ehemannes gelöst worden war (§ 1547): sie kann es selbst vor Erledigung des Konkurses, da ja das nach Beginn des Konkurses anfallende Vermögen dem Konkurs und den Konkursschicksalen fremd bleibt. Bei dem gesetzlichen Gütersystem, bei welchem die Gütertrennung lediglich der Ehefrau ihr Vermögen zurückgibt, besteht hierfür kein Interesse der Frau; bei der Errungenschaftsgemeinschaft aber würde der Frau durch eine Gütertrennung die Teilnahme an dem künftigen Erwerbe des Mannes entzogen und dies könnte sie um Tausende schädigen. Ein gesetzlicher Fehler scheint es, daß im Falle der Entmündigung oder Pflegschaft des Ehemannes nach Aufhebung des Defekts nur der Ehemann die Wiederherstellung beantragen kann (§ 1547); das oben besprochene Interesse der Frau liegt auch hier vor. Der Fehler kann durch ausdehnende Auslegung überwunden werden.

[1]) Über den Grund dieser Erscheinung Lehrb. I S. 298. Da im Fall der Todeserklärung der Frau die Nutznießung der Gütergemeinschaft an ihrem Vermögen nicht fortdauern kann, so kann das ganze Gütersystem nicht fortdauern.

Für die Wiedereinstellung gelten die obigen Grundsätze, insbesondere auch was die schuldrechtliche Ausgleichung für die Zeit von der Klage bis zum Urteil betrifft (§ 1548).

X. Die etwas verwickelten Vermögensverhältnisse können zu Unklarheiten führen, daher gilt eine doppelte Vermutung:

a) Die Vermutung spricht für das Gesamtgut (§ 1527).

b) Die Vermutung spricht ferner dafür, daß, wenn verbrauchbare Sachen des eingebrachten Gutes nicht mehr vorhanden sind, sie in der Art in das Gesamtgut aufgingen, daß das Gesamtgut um ihren Wert bereichert wurde und bereichert geblieben ist (§ 1540). Für Vorbehaltsgut gilt dies nicht, da das Vorbehaltsgut der Frau in ihrer Innehabung und Verwaltung zu bleiben pflegt.

3. Titel.

Fortgesetzte Gütergemeinschaft.

I. Altgeschichtlicher Charakter.

§ 53.

I. In den Zeiten ursprünglichen Familienvermögens (Gemeinderschaft) bestand noch keine Vererbung: wenn der Tod eine Lücke riß, so trat einfach eine Anwachsung ein, oder auch, wenn der Verstorbene Kinder hatte, ein Einrücken der Kinder an seine Stelle. Weder das eine noch das andere war eine Beerbung, denn vom individuellen Eigentum war noch keine Rede; handelte es sich doch nicht um das Eigentum des einzelnen, sondern um die Stellung, die dieser im Gesamtgut einnahm.

II. Ein Überrest des Systems, wonach das Hausgut noch nicht individualisiert ist, wo vielmehr dem Einzelwesen nur ein unablösbares Anteilsrecht während seines Lebens zusteht, ist die fortgesetzte Gütergemeinschaft[1]).

---

[1]) Wie die fortgesetzte Gütergemeinschaft aus der Gemeinderschaft hervorging, zeigt deutlich folgende Stelle des Grand Coutumier:

Nota que par usaige et coutume se deux conjoincts ou deux affins demeurent ensemble par an et jour sans faire division ou protestation, ils acquièrent l'ung avec l'aultre communaulté quant aux meubles et conquests. Et pour ce, si deux conjoincts ont ung fils, et après l'ung d'iceulx conjoincts va de vie à trespas, et depuis se

Das Gesamtgut, das den Ehegatten gehörte, besteht als Gesamtgut weiter, so jedoch, daß der Erstverstorbene durch die gemeinsamen Kinder abgelöst wird, die in seinen Teil eintreten; und wenn ein Kind vorverstirbt, so sollen wiederum seine Nachkommen seine Stelle einnehmen, während, wenn solche nicht vorhanden sind, sein Teil den übrigen Kindern, eventuell dem überlebenden Ehegatten, anwächst.

III. Weder der Übergang der Rechte von dem Sterbenden auf seine Nachkommen, noch die Anwachsung ist ein Erbanfall. Der Gedanke der Anwachsung ist vielmehr der: der Anteil des Versterbenden bleibt in der Gemeinschaft; er geht über, nicht kraft Erbrechtes, sondern kraft Gemeinschaftsrechtes; der Wegfall eines Abkömmlings hinterläßt eine Lücke, die sofort durch Anwachsung ausgeglichen wird: es ist ein Teilnehmer weniger vorhanden, und die andern haben deswegen um so viel mehr. Ebenso ist das etwaige Nachrücken der Abkömmlinge des Vorversterbenden ein Nachrücken kraft Gemeinschafts- nicht kraft Erbrechts. Eine Vererbung wäre nur möglich, wenn die Gemeinschaft sich in zwei Teile spaltete, was aber nicht der Fall ist. Der Eintritt der gemeinsamen Kinder ist daher nichts als eine Verschiebung kraft Gemeinschaftsordnung, nicht auf individuellem Recht beruhend, sondern auf unverbrüchlicher Gemeinschaftsregel, weshalb er auch nicht durch Ausschlagung abgewendet werden kann.

IV. Daraus geht hervor: das Kind, mag es Kindeskinder haben oder nicht, kann nicht über seinen Anteil verfügen, nicht zugunsten eines seiner Abkömmlinge, nicht zugunsten Dritter, und es kann einen seiner Abkömmlinge in bezug auf das Gemeinschaftsgut nicht enterben oder auf den Pflichtteil setzen.

---

icelluy fils demeure avec le survivant, sans faire inventoire, partage, ne division, tout ce que le survivant a conquesté, il reviendra à communaulté avec le fils. Mais prenons que le seurvivant se remarie en tel estat, statim matrimonio contracto, tous les trois sont communs en biens, tellement que se icelluy seurvivant ainsi remarié meurt, l'enfant fera deux testes, et le dernier seurvivant marié l'une (Edit. Laboulaye-Dareste p. 371).

V. Ehedem wurde das Institut aufrechterhalten, selbst wenn auf eine zweite Ehe eine dritte und vierte folgte: so viel Ehegatten, so viel Kindergruppen, so viel Abteilungen; doch wurden die hierdurch hervorgerufenen Verwicklungen vielfach durch Einkindschaft beseitigt.

VI. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft paßt nicht in unsere individuelle Gesellschaftsordnung, welche das Individuum nicht als Sklave eines überherrschenden Verhältnisses, sondern als freien Menschen behandelt. Von diesem Gedanken aus enthält sie unausgleichbare Widersprüche.

1. Das Verhältnis des Kindes zum vorverstorbenen Elternteil, die größere oder geringere Zuneigung des einen, die größeren oder geringeren Verdienste des anderen, können nicht zur testamentarischen Entwicklung gelangen, denn alles dieses könnte nur in der größeren oder geringeren Beteiligung des Kindes am Gemeinschaftsvermögen zur Geltung kommen; diese Beteiligung wirkt aber zugleich auf das Verhältnis des Kindes zum überlebenden Ehegatten. Will man also die Verhältnisse des Kindes regeln, so kann es nur in der Art geschehen, daß es gegenüber beiden Eltern bevorzugt oder benachteiligt wird. Dies der eine Widerspruch.

2. Der Ehegatte, der sein unwürdiges Kind durch testamentarische Bestimmung züchtigen, oder auf sonstige Weise unter den Kindern Gerechtigkeit üben will, kann dies, da die Verfügung das Gesamtgut betrifft, nur unter Mitwirkung des anderen Ehegatten tun. Noch mehr, der Ehegatte, welcher Dritten eine Zuwendung von Todes wegen machen will, kann es nur mit Willen des anderen Ehegatten tun, denn eine solche Verfügung mindert das Gesamtgut. Daher muß einer solchen letztwilligen Verfügung die notariell beurkundete Zustimmung des anderen Ehegatten hinzutreten, oder es muß die letztwillige Verfügung und Zustimmung in einem gemeinsamen Testament erfolgen (§§ 1511 bis 1516).

Auf solche Weise ist der eine Teil der Sklave des anderen; irgendeine entgegengesetzte Bestimmung ist nicht möglich!

Im übrigen ist das Verhältnis ebenso stereotypiert, wie wenn zwischen den Ehegatten ein Erbvertrag abgeschlossen worden wäre; und wie der Erbvertrag, so ist auch diese ganze Art der Verfangenheit dem modernen Gefühl widersprechend.

3. Noch mehr, das Verhältnis ist auch für die Abkömmlinge stereotypiert, die nicht über ihren Teil verfügen können und nicht in der Lage sind, einem Dritten etwas davon zuzuwenden, die nicht in der Lage sind, ein Kindeskind auf den Pflichtteil zu setzen oder ihm den Pflichtteil zu entziehen!

4. Die Kinder sind dem überlebenden Ehegatten preisgegeben, nicht nur für das von dem Überlebenden zu erwartende Vermögen, sondern auch für das Vermögen des Verstorbenen; sie sind es, ohne daß das Gleichgewichtsmoment hinzutritt, welches solange besteht, als beide Ehegatten zusammenleben, wo die Willkür des einen Ehegatten durch den anderen gebändigt wird.

Diese Art des Zusammenseins paßt für Zeiten, in welchen durch alten Brauch und Sitte die Willkür des überlebenden Ehegatten in Schranken gehalten wird; solche Zeiten sind aber bei uns dahin. Ein jeder fühlt sich selbst, und das Gefühl des Selbsthandelns und des Sichselbstauslebens durchdringt die Gesellschaft. Nimmt man dazu noch die Fälle von Leidenschaftlichkeit, Vorliebe und Abneigung, die durch alle Arten von Lebensschicksalen herbeigeführten Spannungen, so zeigt es sich, daß dieses Institut, welches die Kinder geradewegs zu Sklaven des überlebenden Elternteils macht und die Früchte des Gemeinschaftsvermögens seinem Belieben überantwortet, indem er nur die Verpflichtung hat, den Abkömmlingen den etwa nötigen Unterhalt zu gewähren, für uns nicht mehr paßt; die selbständig gewordenen Kinder, welche den einen Elternteil verloren haben, dürfen nicht der Willkür des Überlebenden preisgegeben sein. Allerdings erlischt die fortgesetzte Gütergemeinschaft mit der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten; wie aber, wenn keine Wiederverheiratung stattfindet, der überlebende Ehegatte aber unter den seelischen Einfluß dritter Persönlichkeiten kommt, fremder Menschen, fremder Vereine, fremder Genossenschaften, und wenn er die Kinder vernachlässigt! Erträglich wird dies noch, wenn die volljährigen Kinder, wie nach so vielen deutschen Rechten und auch nach dem schweizerichen Gesetzbuch, Abschichtung begehren können. Daß man ihnen diese Befugnis im Bürgerlichen Gesetzbuch verweigert hat, ist äußerst seltsam. Während der Ehegatte die eheliche

Gemeinschaft jederzeit durch seine Erklärung aufheben, d. h. in eine einfache Liquidationsgemeinschaft umwandeln kann, so ist dies den Kindern versagt: sie müssen, falls sie sich über den Elternteil zu beklagen haben, die Trennung gegen ihn herausprozessieren und ihm Pflichtwidrigkeiten vorwerfen, gegen ihn Zeugen aufrufen, d. h. alle üblen Familienverhältnisse aufrühren, um die Lösung zu erlangen. Sind dies empfehlenswerte Zustände?

Richtig hatten daher der Code civil und das rheinische Recht die ganz veraltete Institution beiseite geschoben.

II. Heutige Gestaltung.

§ 54.

I. Die Gemeinschaft ist eine Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft, jedoch in folgender Art: sie ist und bleibt bei dem Ehegatten eine werbende Gemeinschaft, bei den Kindern ist sie nur eine erhaltende. Daher

1. das überkommene Gemeinschaftsvermögen bleibt Gemeinschaftsvermögen,

2. was der Ehegatte aus dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten erwirbt, wird Gemeinschaftsgut (§ 1485),

3. was der Ehegatte künftig erwirbt, wird Gemeinschaftsvermögen, ebenso wie wenn er es während der Ehe erworben hätte,

4. was eingebrachtes Gut der Ehegatten war und was als eingebrachtes Gut weiter erworben wird (wie namentlich bei der Fahrnisgemeinschaft)[1]), ist eingebrachtes Gut, was Vorbehaltsgut war oder Vorbehaltsgut würde, bleibt Vorbehaltsgut (§ 1486). Neues Vorbehaltsgut kann nicht begründet werden, weder durch ursprünglichen Ehevertrag noch durch einen dem Ehevertrag ähnlichen Neuvertrag zwischen dem Ehegatten und den Abkömmlingen,

5. was die Kinder haben und erwerben, ist ihr Vorbehaltsgut.

II. 1. Was hiernach Gemeinschaftsvermögen ist, das ist Gemeinschaftsvermögen zwischen dem überlebenden Ehe-

---

[1]) Oder auch wenn das Gut wegen Unveräußerlichkeit nicht in die Gemeinschaft eingehen kann.

gatten und den Kindern, wobei die überlebende Ehefrau in die Stellung des verstorbenen Mannes eintritt.

2. Die Gemeinschaftsrechte der Beteiligten sind unveräußerlich und unpfändbar (§§ 1442, 1487)[1]); wenn daher ein in Gemeinschaft stehendes Kind heiratet und die allgemeine Gütergemeinschaft wählt, so kann sein Anteil an der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht in das Gesamtgut seiner Ehe fallen (§ 1439 BGB.)[2]).

3. Die Gemeinschaft ist eine Gemeinschaft der Ehe, also eine Gemeinschaft mit den Abkömmlingen der Ehe. Hat daher der Verstorbene noch Kinder aus früherer Ehe, oder hat die verstorbene Ehefrau uneheliche Kinder, so werden sie nicht in die Gemeinschaft aufgenommen: bei ihnen tritt das individuelle System ein; sie beerben den Verstorbenen in gleicher Weise, wie wenn die fortgesetzte Gemeinschaft nicht bestünde; man löst die Gemeinschaft fiktiv, und behandelt die Hälfte wie eine hinterlassene Erbschaft des Verstorbenen, wovon das betreffende Kind seinen Teil bekommt (§ 1483). Ist dieser Teil berechnet und ihm zugewiesen, dann tritt im übrigen die fortgesetzte Gemeinschaft ein wie gewöhnlich. Das Gleiche muß gelten, wenn die überlebende Ehefrau nachträglich ein uneheliches Kind erzeugt: für dieses gelten die Bestimmungen des § 1483 analog.

III. Die Gemeinschaft ist eine Gemeinschaft des Gesamtgutes, nicht eine Gemeinschaft des übrigen Vermögens des verstorbenen Ehegatten. Hatte dieser sonstiges Vermögen, so unterliegt es der gewöhnlichen Erbfolge.

IV. Die fortgesetzte Gemeinschaft ist eine Gemeinschaft, bei welcher die Gemeinschaftskinder kraft Gemeinschaftsrechts, nicht kraft Erbrechts eintreten, nach dem oben Ausgeführten. Daher gelten die Erbrechtsgrundsätze nicht, vor

---

[1]) Stettin 16. November 1906, M. 14 S. 232.

[2]) Die reichsgerichtliche Rechtsprechung, welche den § 23 ZPO. dahin auslegt, daß jeder Vermögensbesitz die Ausländerzuständigkeit des Gerichts begründet, auch wenn das Vermögen völlig unbeschlagnahmbar ist, nimmt daher auch an, daß das Anteilsrecht der Kinder, obgleich vollkommen ihrer Verfügung entzogen, zur Zuständigkeit genügt, damit hier eine vermögensrechtliche Klage gegen die Kinder erhoben werden kann. RG. 10. März 1911, Entsch. 75 S. 414.

allem nicht im Grundbuch- und Zwangsversteigerungsrecht. Der Eintrag im Grundbuch gilt für den Eingetragenen und seine Erben, nicht für den Eingetragenen und das Kind, das als Gemeinschaftsgenosse eintritt[1]).

Trotzdem baut sich die Gemeinschaft auf den Tod des einen Ehegatten auf; daher erhält der die Gemeinschaft weiterführende Ehegatte einen ihn legitimierenden „Erbschein“ (§ 1507)[2]). Vgl. S. 284.

V. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft ist eine Gemeinschaft mit besonderem Auflösungsbestreben, welches sich in der Art der Auseinandersetzung kundgibt:

1. Der überlebende Ehegatte hat ein unbeschränktes Herausnahmerecht bezüglich aller Gemeinschaftsachen gegen Ersatz des Wertes. Er hat es nicht, wenn die Gemeinschaft auf Antrag der Kinder gerichtlich getrennt wird, aber er hat es im Falle der Gemeinschaftstrennung durch Wiederverheiratung, eine Bestimmung, die einen schweren Verstoß enthält: denn hiernach müssen es sich die Abkömmlinge gefallen lassen, daß der Witwer die von ihrer verstorbenen Mutter herrührenden Kleider und Schmucksachen der Stiefmutter zuwendet (§ 1502).

2. Umgekehrt haben bei gerichtlicher Trennung die Kinder ein Herausnahmerecht in bezug auf die vom vorverstorbenen Elternteil herrührenden oder zu seinem besonderen Gebrauch bestimmten Vermögensstücke (§ 1502). Ein solches Herausnahmerecht will man dem Ehegatten wegen § 1498 zu Unrecht verweigern (Wortauslegung).

VI. Die Kinder treten in die Schulden der Eltern ein, nicht kraft Erbschaftsrechts, sondern kraft Gemeinschaftsrechts: sie übernehmen die Haftung, weil sie einen Teil des Elterngemeinschaftsteils überkommen. Daher ist ihre Haftung keine Schuldhaftung, sondern eine wertrechtliche Haftung. Sie beschränkt sich

1. Dritten gegenüber darauf, daß sie gehalten sind, die ihnen zukommenden Aktiva der Gemeinschaft den Gläubigern preiszugeben (§§ 1489, 1498, 1480, 1481).

---

[1]) Also § 41 GrundbO. und § 17 ZwangsVG. gelten für sie nicht. KG. 14. März 1904, Entsch. f. G. 4 S. 179.

[2]) Vgl. auch § 36 GrundbO.

2. Auch bei der Ausgleichung der Gemeinschaft haften sie dem überlebenden Ehegatten nur in gleicher Weise (§§ 1498, 1476, 1500, 1504).

3. Für die Schulden der Kinder haftet das Gesamtgut nicht, weder für die Vertrags- noch für die Deliktschulden, und die Zustimmung des überlebenden Ehegatten bewirkt keine Änderung, abgesehen von dem Fall, daß er Bürgschaft oder Selbstschuldnerschaft übernimmt.

VII. In der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat die Frau die Stellung, die der Ehemann gehabt hatte: die Frau wird haushaltungsberechtigt. Dies hat folgende Wirkung: 1. die Schulden der Ehefrau, welche bisher keine Gesamtgutschulden waren, werden Gesamtgutschulden; 2. die Schulden, welche die Ehefrau in Zukunft machen wird, werden ebenfalls Gesamtgutschulden, ganz ebenso wie die während der Ehe durch den Ehemann gemachten Schulden (§§ 1488, 1499 Z. 1 und 2); 3. die Gemeinschaftsschulden werden Schulden der Frau (§§ 1488, 1489).

VIII. Auf diese Weise haftet also die Frau nicht nur gemeinschaftsweise, sondern auch persönlich für die Schulden der vergangenen Ehe. Dies kann ihr verhängnisvoll werden: von der Verwaltung des Vermögens war sie zeitlebens durch den Ehemann ausgeschlossen, und nun soll sie die gesamten aus dieser Verwaltung hervorgehenden Schulden übernehmen; also ein ähnliches Verhältnis wie das des Erben zum Erblasser, und es ist daher begreiflich, daß man hier in ähnlicher Weise zu helfen suchte. Daher bestimmte das Recht des Mittelalters, dann auch der Code Napoléon, daß die Frau auf die Gemeinschaft verzichten oder die Haftung, ähnlich der Haftung der Erben, beschränken dürfe (a. 1456 f., 1483). In alten Zeiten geschah dies in folgender Form: sie legte ihren Beutel auf das Grab des Mannes nieder und sagte sich vom Vermögen des Mannes los[1]).

---

[1]) Das Recht des Verzichts war allerdings in Frankreich ehedem ein Privileg der adeligen Frau. Vgl. Grand Coutumier:

Es la raison pourquoy privillége de renonciation leur fust donné, ce fut pour ce que le mestier des hommes nobles est d'aller ès guerres et voiages d'oultre mer; et à ce se obligent, et aucunesfois

Auch das BGB. bestimmt, daß der überlebende Ehegatte die Gemeinschaft ablehnen (ausschlagen) kann (§ 1484).

Diese Ausschlagung ist keine Erbausschlagung, sie erfolgt aber nach den Grundsätzen der Erbausschlagung (§ 1484), also durch öffentlich beglaubigte Erklärung an das Nachlaßgericht, welches den Beteiligten Nachricht zu geben hat; die Erklärung hat innerhalb 6 Wochen, eventuell innerhalb 6 Monaten, seit Kenntnis der Umstände, welche die fortgesetzte Gütergemeinschaft herbeiführten, zu erfolgen (§ 1943f.), also 6 Wochen oder 6 Monate seit Kenntnis des Todes und Kenntnis der Güterverhältnisse, welche zur fortgesetzten Gütergemeinschaft führt. Ist ein Testament vorhanden, so läuft die Frist erst von der Verkündung an (§ 1944); ein solches Testament ist möglich für den Fall, daß der Überlebende die fortgesetzte Gütergemeinschaft ablehnt: der Wortlaut des Testaments kann auf den Entschluß des Ehe-

---

y meurent, et leurs femmes ne pevent pas de légier estre acertenées de leurs obligations faictes à cause de leurs voyages, de leurs rençons et de leurs plegeries qui sont pour leurs compaignies, et aultrement. Et pour ce ont le privillége de renonciation. Et ont d'usaige si comme le corps est en terre mis, de gecter leurs bourses sur la fosse, et de non retourner à l'hostel ou les meubles sont, mais vont gésir aultre part, et ne doibvent emporter que leur commun habit sans aultre chose, et parmy ce elles et leurs héritiers sont quittes à tousjours des debtes, mais se il y a fraulde tant soit petite, la renonciation ne vault riens (Laboulaye-Dareste p. 375).

So auch die alte Pariser Coutume (1510) a. 115.

In der neuen Coutume de Paris, welche auch hier unter dem Einfluß Dumoulins stand, wurde das Recht auch auf die femme non noble erstreckt, a. 237.

Il est loisible à toute femme noble ou non noble de renoncer, si bon luy semble, après le trespas de son mary, à la communauté des biens d'entre elle et sondit mary, la chose estant entiere. Et en ce faisant demeurer quitte des debtes mobiliaires deues par sondit mary au jour de son trespas, en faisant faire bon et loyal inventaire.

Über die Bestimmungen der anderen Coutumes vgl. Ferrière, Corps et Compil. de tous les commentateurs, zu a. 237 (III p. 450f.). In Chalons a. 30 wurde die Formel abgeschwächt: elle n'est tenue jetter la clef sur la fosse et faire autre solemnité, fors qu'elle est tenue en faire declaration en Justice, en personne ou par Procureur specialement fondé.

gatten bedeutungsvoll einwirken. Warum soll man dies nicht berücksichtigen?[1])

Die Befugnis zur Ausschlagung ist eine vererbliche Befugnis (§ 1952), sie ist eine unwiderrufliche Alternative, vorbehaltlich der etwaigen Anfechtung (§§ 1950, 1952, 1954f.).

Auch kann der nicht ausschlagende Ehegatte die Haftung ebenso auf das Gemeinschaftsvermögen beschränken, wie ein Erbe auf das Nachlaßgut (§ 1489)[2]): es gelten also die Grundsätze der Inventarisierung, des Schuldenrufes, der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses; und was den Konkurs betrifft, so ist § 236 KO. maßgebend. Den Konkurs kann der Ehegatte beantragen, der Gemeinschafts- (Nachlaß-) Verwalter, sowie die Gläubiger, welche zur Zeit des Gesamtgutsanfalls Gesamtgutsgläubiger und nicht zugleich persönliche Gläubiger des Ehegatten waren, nicht die Kinder, die ja nicht interessiert sind, ob der Ehegatte persönlich haftet oder nicht[3]).

IX. Beides: Ausschlagung wie Haftungsbeschränkung hat regelmäßig nur eine Bedeutung für die Frau: denn nur dann kann der Ehegatte sich von der Verpflichtung lösen, wenn er erst durch die fortgesetzte Gemeinschaft persönlicher Schuldner wird und es nicht schon zum voraus war. Der Ehemann aber unterliegt dem Satze, daß die Gemeinschaftsschulden auch schon vor der fortgesetzten Gemeinschaft persönliche Schulden des Mannes sind, wovon wenige Ausnahmen gelten; solche Ausnahmen sind

1. die Bestimmung des § 1459 Abs. 2: wonach der Ehemann namentlich für Deliktschulden der Frau nur unter einer auflösenden Bedingung haftet,

2. der Fall, daß bei Eingehung der Schuld ausdrücklich bedungen wurde, daß der Ehemann persönlich frei sein solle (oben S. 237).

---

1) Richtig Ziegler in Seufferts Bl. 74 S. 306. Unrichtig Oberstes LG. 30. April 1909, ebenda 74 S. 451.

2) Dieser Rechtssatz findet sich schon in der Coutume von Paris a. 221, 228.

3) Stettin 16. November 1906, M. 14 S. 232.

X. Die Aushilfshaftung aus den Zeiten der Ehe her bleibt Aushilfshaftung. Daher gilt folgendes: wo in der bisherigen Gemeinschaft der eine Ehegatte ausgleichspflichtig war, bleibt er ausgleichspflichtig; und ist es der verstorbene Ehegatte, so treten die Kinder an seine Stelle, allerdings nicht mit persönlicher, sondern mit wertrechtlicher Haftung. Dasselbe gilt von den Ausgleichungen für die aushilfsweisen Schuldleistungen, die während der fortgesetzten Gemeinschaft erfolgen (§§ 1499, 1500). Die Ausgleichung wird, was den überlebenden Ehegatten betrifft, bis zur Lösung der Gemeinschaft verschoben (§ 1487).

XI. Der Ehegatte hat als Herr der Gemeinschaft die Verfügungsgewalt, wie bei bestehender Ehe der Ehemann; also

1. er hat eine Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis in bezug auf bewegliches Vermögen, dagegen darf er Grundstücke nur veräußern mit Zustimmung der Kinder, und ebenso sind ihm Schenkungen nur mit dieser Beschränkung gestattet (§§ 1487, 1445f.). Als solche Schenkung gilt aber nicht die Ausstattung eines der Kinder der Gemeinschaft: in dieser Beziehung steht ihm die volle Freiheit zu; und auch wenn die Ausstattung eine übermäßige wäre, so wäre die Zuwendung abgesehen von Ausgleichungsansprüchen von Erfolg. Soweit aber eine unbefugte Schenkung vorliegt, steht den Kindern, ebenso wie während der Ehe der Ehefrau, das Recht zu, die Gegenstände zu vindizieren (§§ 1487, 1442ff., 1449, 1499 Z. 3).

2. Eine Steigerung seiner Gewalt durch Ehevertrag ist nach § 1518 unzulässig; war aber die Gewalt des Ehemannes während der Ehe durch Ehevertrag gesteigert (oben S. 241), so geht diese gesteigerte Gewalt auch auf den überlebenden Ehegatten über; denn seine Gewalt soll nicht geringer sein als die des Ehemannes während der Ehe (§ 1487).

3. Auch sonst ist die Stellung des überlebenden Ehegatten eher noch freier als die Stellung des Ehemannes während der Ehe, denn eine Steigerung der Kindergemeinschaftsrechte kraft vormundschaftsgerichtlichen Eintretens findet ebensowenig statt, als ein Eintreten der Kinder kraft des Nothandelns, das während der Ehe der Ehefrau gestattet ist; die §§ 1450, 1451 finden keine Anwendung (§ 1487).

4. Die Stellung der Ehegatten wird Dritten gegenüber gefestigt durch einen dem Erbschein entsprechenden und nach den Regeln des Erbscheines vom Nachlaßgericht erteilten Gütergemeinschaftsschein: der Ehegatte ist nicht durch Beerbung, aber durch einen der Beerbung analogen Vorgang in die Vermögensherrschaft gelangt. Es gilt daher für seine Rechtshandlungen und Prozesse die doppelte Rechtsordnung (§ 1507). Im Falle von Änderungen des Rechtsstandes kann und soll der Gemeinschaftsschein geändert werden[1]). Für die Erlangung des Gemeinschaftsscheins gelten dieselben Bestimmungen wie für den Erbschein; insbesondere ist wie nach §§ 2354, 2356 glaubhaft zu machen, daß keine Kinder früherer Ehe vorhanden sind[2]).

XII. Die Kinder haben gegenüber der Verwaltung und Verfügung des überlebenden Ehegatten die Stellung, welche in der Gemeinschaftsehe die Ehefrau hat, so namentlich was die Einwilligung zu Schenkungen und Grundstücksverfügungen angeht (§ 1487). Daß aber die §§ 1450 und 1451 unanwendbar sind, ist eben bemerkt worden.

XIII. 1. Was die Verhältnisse der Kinder unter sich betrifft, so gilt folgendes:

Die Kinder treten in den Gemeinschaftsanteil des Verstorbenen ein nach Bruchteilen, welche Bruchteile aber nicht immer gleich bleiben, sich vielmehr durch An- und Abwachsung verändern können, so daß sich schließlich bei der Lösung die Zustände entwickeln, wie wenn der erstverstorbene Ehegatte jetzt verstorben wäre und von den Abkömmlingen beerbt würde (§ 1503). Auch noch in anderer Weise können die Anteilverhältnisse der Kinder verschoben werden:

a) der Vorempfang eines Abkömmlings geht als successio anticipata von seinem Bruchteil ab und

b) wenn ein Abkömmling auf seinen Anteil verzichtet, so wächst zwar der Teil des Verzichtenden den mit ihm zusammentreffenden Abkömmlingen zu, aber nach Abzug des etwaigen Gegenwerts (§ 1503). Der Verzicht gilt für den

---

1) Vgl. KG. 9. März 1903, M. 7 S. 58.

2) KG. 31. Januar 1907, M. 4 S. 235.

ganzen Stamm des Kindes; etwas anderes würde dem Gedanken des Instituts widersprechen und kann nicht bedungen werden.

c) Ist nur ein Abkömmling vorhanden, so löst der Verzicht die Gemeinschaft und der Ehegatte wird Alleineigentümer.

d) Die Witwe eines verstorbenen Kindes bekommt keinen Witwenteil, was eine schwere Härte ist[1]).

III. Entstehung, Änderungen, Lösung.

1. Entstehung.

§ 55.

I. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft tritt bei der allgemeinen Gütergemeinschaft von selbst ein, auch ohne Ehevertrag; aber sie kann ausgeschlossen werden

1. durch Ehevertrag (§ 1508); ein gemeinschaftliches Testament kann das gleiche wirken, allerdings nicht direkt, aber indirekt, denn durch gemeinschaftliches Testament können die Ehegatten jedes Kind aus der Gemeinschaft ausschließen (§§ 1511, 1516); und wenn alle Kinder ausgeschlossen werden, so ist dies die Verneinung der fortgesetzten Gütergemeinschaft[2]). Es ist dies allerdings bestritten und daher zu widerraten[3]).

Sie kann ferner ausgeschlossen werden

2. durch einseitige letztwillige Verfügung des Erstverstorbenen; zu dieser ist der Erstverstorbene befugt, wenn sein Ehegatte sich schwer gegen ihn verfehlt hat, so daß er eine Ehescheidung begehren und ihn vom Pflichtteil ausschließen könnte: dann kann er ihm auch den Vorteil des fortgesetzten Güterrechts entziehen; aber auch dann kann er es tun, wenn ethische oder wirtschaftliche Gründe vorhanden sind, welche ihm gestatteten, die Gütergemeinschaft zu kündigen, denn den Kindern ist keine zerrüttete, verschuldete Gemeinschaft zuzumuten (§ 1509). Dabei gilt

---

[1]) Anders war es im Westfälischen Recht.

[2]) Oberstes LG. 4. Oktober 1912, M. 26 S. 229.

[3]) Vgl. JW. 33 S. 250.

der Satz: diese Gründe müssen nicht nur vorhanden sein, sondern vom testierenden Ehegatten im Testament bezeichnet werden (§ 1509).

II. Bei der Fahrnisgemeinschaft tritt sie überhaupt nur kraft Ehevertrages ein, der vor, aber auch nach der Ehe errichtet werden kann (§ 1557); bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist sie ganz ausgeschlossen (§ 1546). Eine Begründung durch gemeinschaftliches Testament ist unmöglich[1]).

III. Bei Ehen des rheinischen Güterrechts, welche in das BGB. hineinragen, wäre es natürlich eine Vergewaltigung, wenn man auf die allgemeine Gütergemeinschaft die fortgesetzte Gütergemeinschaft folgen ließe, welche der C. Nap. nicht kannte und auf welche man sich nirgends eingerichtet hatte. Daher bestimmt das PreußAG. a. 56 § 3: „Fortgesetzte Gütergemeinschaft tritt nur ein, wenn sie durch Ehevertrag vereinbart ist.“ Eine solche Vereinbarung konnte unter dem C. Nap. nicht geschehen, wohl aber kann sie jetzt geschehen durch nachträglichen Ehevertrag (vgl. a. 200 und 218 BGB.).

2. Änderungen.

§ 56.

I. Da die fortgesetzte Gütergemeinschaft als eine Schöpfung beider Ehegatten gilt, in der der Verstorbene durch die ehelichen Abkömmlinge weiter wirkt, so ist es begreiflich, daß eine Verfügung des Vorversterbenden von Todes wegen, welche die Rechtslage ändert, nur gemeinsam von beiden Ehegatten ausgehen kann. Die Verfügung kann daher durch gemeinsames Testament geschehen, sie kann durch einseitige testamentarische Erklärung des einen und notarielle Zustimmungserklärung des anderen erfolgen (§§ 1511, 1516); doch sollte auch die Zustimmung in einem getrennten eigenhändigen Testament genügen (obgleich solches zu widerraten ist). Die Zustimmung durch notarielle Erklärung kann auch von dem Geschäftsbeschränkten erfolgen ohne Mitwirkung des Vormundes, aber sie verlangt Eigen-

---

[1]) RG. 7. November 1904, Entsch. f. G. 5 S. 140.

handeln des Geschäftsbeschränkten und kann nicht stellvertretend durch den Vormund geschehen (§ 1516).

II. Auf diese Weise kann

1. unter Aufrechterhaltung des Gemeinschaftsverhältnisses ein Kind auf die Hälfte seines Teiles beschränkt, ja es kann, wenn Gründe der Pflichtteilsentziehung vorliegen und diese testamentarisch erklärt sind, dem Kind sein Anteil völlig entzogen werden. Wird das Kind mehr beschränkt, so ist die Beschränkung kraft Gemeinschaftsrechtes nichtig: eine Behandlung nach Art der cautela Socini (§ 2306 BGB.) findet nicht statt (§ 1512).

2. Es kann ein Kind aus der Gemeinschaft ausgestoßen werden, so daß es lediglich, wie ein Kind anderer Ehe, den Verstorbenen beerbt, und dabei kann man es auf den Pflichtteil setzen oder ihm den Pflichtteil völlig entziehen, soweit und sofern eine solche testamentarische Entziehung gerechtfertigt ist, und unter Aufrechterhaltung der entsprechenden testamentarischen Form, § 1511. Eine exheredatio bona mente ist gleichfalls möglich.

III. Auch ein dem Erbverzicht ähnlicher Verzichtvertrag und ein Verzichtsaufhebungsvertrag des Kindes ist nur unter Mitwirkung beider Ehegatten möglich, § 1517.

IV. Nur auf solche Weise kann sich der Ehegatte den Raum für Zuwendungen an Dritte schaffen (§ 1514): also auch diese verlangen die Zustimmung beider Ehegatten; doch ist zu bemerken:

Es genügt, wenn die Zustimmung des anderen Ehegatten zur Verkleinerung des Kindesteils vorliegt; ist sie gegeben, dann hat der andere Ehegatte das Recht, ohne weitere Zustimmung über dasjenige, was auf solche Weise übrig bleibt, zu verfügen. Noch mehr, es muß genügen, wenn der andere Ehegatte im allgemeinen die Zustimmung zu solchen positiven Verfügungen von Todes wegen gibt (§ 1514), denn die Beschränkung der Persönlichkeit ist nicht weiter auszudehnen, als nötig.

V. Auf solche Weise kann der Ehegatte sich natürlich auch die Möglichkeit erwerben, dem einen Kinde oder dem Ehegatten zu seinem gesetzlichen Teil etwas weiteres zu-

zufügen; auch das Herausnahmerecht bei der Teilung und die Behandlung der Landgüter kann besonders bestimmt werden (§ 1515), allerdings nur für die Gesamtteilung, nicht etwa, falls eine Auseinandersetzung zwischen Abkömmlingen und Ehegatten stattgefunden hat, für die spezielle Auseinandersetzung der Abkömmlinge unter sich.

VI. Verfügungen derart, welche von einem Ehegatten ohne Zustimmung des anderen getroffen wurden, sind nichtig; wurden sie beiderseits getroffen, so gilt das obige. Erfolgt die Verkürzung des Pflichtteils durch Schenkung, so können in gleicher Weise wie bei der Beerbung auch die Schenkungen angegriffen werden (§ 1505).

3. Lösungen.

§ 57.

I. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft ist eine Gemeinschaft der Familie; daher

1. löst sie sich auf durch Tod und durch Todeserklärung des überlebenden Ehegatten; durch Todeserklärung definitiv, nicht etwa kraft doppelter Rechtsordnung (§ 1494): sollte er also auch wieder erscheinen oder sein Fortleben dargetan werden, so ist doch von dem Augenblick an, der in der Todeserklärung als maßgebend bezeichnet wird, keine Gemeinschaft mehr vorhanden. Es ist kein Grund vorhanden, ein so anomales Verhältnis zwangsweise wieder aufleben zu lassen.

2. Die Gemeinschaft hört auch auf durch Wiederverheiratung des Ehegatten; denn es ist unstatthaft, wie es früher geschah, auf diese zweite Gemeinschaft noch eine dritte und vierte zu pfropfen[1]), und wir haben auch nicht

---

[1]) Welche Verhältnisse früher eintraten, lehrt uns die Coutume de Paris a. 242:

Si le survivant se remarie, ladite communauté est continuée entre eux pour un tiers. Tellement que les enfans ont un tiers, le mary et la femme chacun un autre tiers. Et si chacun d'eux a enfans d'autre précedent mariage, ladite communauté se continue par quart, et est ladite communauté multipliée, s'il y avoit d'autres lits, et se partit également. En sorte que les enfans de chacun mariage ne font qu'un chef en ladite communauté.

mehr die Möglichkeit, durch Einkindschaft die verwickelten Verhältnisse, die sich hier bilden würden, zu entwirren.

3. Außerdem kann der überlebende Ehegatte jederzeit durch eine Lösungserklärung die Trennung herbeiführen, und zwar entweder durch eine einseitige Lösungserklärung an das Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Urkunde oder durch notariellen Vertrag mit den Beteiligten (§§ 1492—1494).

4. Die Abkömmlinge haben aber leider ein solches Lösungsrecht regelmäßig nicht, sondern nur ein Kündigungsrecht aus Gründen elterlicher Pflichtwidrigkeit, persönlicher oder sachlicher Art, insbesondere auch bei Verschwendungsentmündigung und bei Verwirkung der elterlichen Gewalt; die Kündigung erfolgt auch hier kraft des gestreckten Aktes der Klage mit nachfolgendem Prozeß (§ 1495); jeder Abkömmling ist in solchem Falle befugt, die Gemeinschaft zu kündigen: die Lösung ist dann stets eine vollständige Lösung für alle, denn ein teilweiser Fortbestand der Gemeinschaft wäre diesen Verhältnissen nicht entsprechend (§§ 1495, 1496); die Lösung tritt auch hier mit der Rechtskraft des Urteils ein, aber so, daß der Ehegatte schuldrechtlich verpflichtet ist, den Zustand herbeizuführen, wie wenn es bereits im Augenblick der Klageerhebung ergangen wäre (§§ 1498, 1479).

5. Sonst können sich die Abkömmlinge nur durch Vertrag aus der Gebundenheit lösen, indem sie „verzichten" und sich dafür eine Abfindung geben lassen; was der gemeinrechtlichen Abschichtung entspricht. Diese Abschichtung verlangt einen notariellen Familienvertrag, bei welchem der Ehegatte und sämtliche Abkömmlinge zustimmen. Der Teil der Verzichtenden wächst nach den gewöhnlichen Regeln an, natürlich unter Einrechnung der Abfindung, worüber eine willkürliche Vereinbarung getroffen werden kann (§§ 1491, 1501, 1503)[1].

II. Ist die Lösung erfolgt, so kann eine neue Gemeinschaft nicht begründet werden, ebensowenig als sie sonst

---

[1]) Ein einfacher Verzicht des Kindes auf seine Gemeinschaftsrechte kann durch einseitige Erklärung an das Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Urkunde erfolgen (§ 1491).

beliebig geschaffen werden könnte. Vielmehr wird nach der Lösung die Gemeinschaft zur Liquidationsgemeinschaft nach den gewöhnlichen Regeln, und diese führt zur Auseinandersetzung (§§ 1497, 1498).

III. Über den Anteil, welcher den Kindern oder dem überlebenden Ehegatten nach der Lösung zukommt, kann der Empfangsberechtigte letztwillig verfügen. Findet sich eine solche Verfügung bereits im gemeinschaftlichen Testament beider Ehegatten, so ist sie erst bei seinem Tode zu verkünden, nicht schon beim Tode des Erstversterbenden, es wäre denn zwischen den Verfügungen des einen und anderen eine solche Beziehung, daß sie nicht auseinandergerissen werden können[1]).

---

[1]) Oberstes LG. München 18. Oktober 1900, Entsch. f. G. 1 S. 180.

III. Buch.

Familie.

I. Abschnitt.

Engere Familie. Eltern- und Kindschaft.

I. Titel.

Eheliche Kindschaft.

A. Vollkommene eheliche Kindschaft.

I. Eheliche Kindschaft durch Geburt.

(Enzyklopädie I S. 30, II S. 158.)

1. Grundprinzipien.

§ 58.

I. Aus dem altindogermanischen Rechtssatze, daß das in der Ehe geborene Kind dem Ehemanne gehört, hat sich der Satz erhalten: das Kind, das die Ehefrau in der Ehe zur Welt bringt, ist ein eheliches Kind, falls der Ehemann nicht widerspricht.

II. Für diesen Satz gibt es natürlich auch eine rationelle Begründung, sonst hätte man ihn nicht aufrechterhalten; der rationelle Grund ist der: der Friede der Ehe soll durch spürende Nachforschungen Dritter nicht gestört werden. Der Ehemann ist allein der Wächter des Familienherdes (§ 1593 BGB.).

III. Aus diesem Grundsatz folgt[1]):

1. Die Anerkennung des Ehemannes schließt jede Frage der Ehelichkeit oder Unehelichkeit aus, vorausgesetzt, daß diese Anerkennung nicht selber nichtig ist oder mit Erfolg angefochten wird.

---

[1]) Rechtsvergleichende Nachweise darüber s. bei Bernhöft, Z. vergl. R. IV S. 251f.

2. Die Nichtverleugnung des Ehemannes schließt die Frage der Ehelichkeit oder Unehelichkeit aus, sofern seit der Kenntnis des Ehemannes von der Geburt des Kindes eine bestimmte Zeit ohne Anfechtung verstrichen ist (§ 1594 BGB.).

3. Die Erklärung des Ehemannes, daß er Vater des Kindes sei, kann nie als intellektuelle Fälschung gelten.

4. Auch das Kind selbst kann in solchem Falle keinen anderen als Vater beanspruchen; eine Legitimation des Kindes durch nachträgliche Ehe der Mutter mit ihrem bisherigen Liebhaber ist ausgeschlossen.

IV. Eheliche Geburt ist Geburt des Kindes während der Ehe oder Geburt nach Lösung der Ehe innerhalb einer Frist von 302 Tagen; sie ist eine eheliche Geburt, ob das Kind vor oder nach der Eheschließung gezeugt worden ist; daß die Zeugung nach der Eheschließung erfolgt ist, wird angenommen, wenn das Kind am 181. Tage nach der Eheschließung oder späterhin geboren worden ist; denn es wird unterstellt, daß die Geburt zwischen dem 181. und dem 302. Tage nach der Zeugung erfolgt.

Ausnahmsweise kann das nach dem 302. Tage nach Ehelösung geborene Kind als eheliches gelten, wenn die Umstände für eine Spätgeburt sprechen (§ 1592). Diese Bestimmung des § 1592 ist auch in anderen Gesetzen angenommen worden, so Schweizer ZGB. a. 255[1]).

V. Abgesehen von dem Fall des § 1592 gilt der Satz: ein Kind, das auch nur eine Stunde zu spät auf die Welt kommt, also nach Ablauf des 302. Tages, ist nicht in der Rechtsstellung eines ehelichen, und daher

1. braucht seine Ehelichkeit nicht angefochten zu werden;

2. der Ablauf der Anfechtungsfrist hat keine Bedeutung;

3. die Anerkennung des (ehemaligen) Ehemannes ist ohne Folge.

---

[1]) Vgl. auch Oberstes LG. München 30. Dezember 1903, Entsch. f. G. 4 S. 80. Frühere Rechte hatten solchen Vorbehalt nicht, was zu Ungerechtigkeiten führte, vgl. OLG. Köln 24. Januar 1885, Zeitschr. f. franz. CivilR. 17 S. 237. Doch gab die Fassung des Code Nap. a. 315 einen Anhalt zur Weiterbildung.

Allerdings wird wegen der Möglichkeit des § 1592 der Ehemann gut tun, in solchem Falle das Kind zu verleugnen. Kommt hier das Gericht zur Entscheidung, daß das Kind noch vor Lösung der Ehe gezeugt worden ist, so gelten die Grundsätze wie bei jedem während der Ehe gezeugten Kind; wenn nicht, so wird die Anfechtungsklage mit der Motivierung abgelehnt, daß ein prinzipiell uneheliches Kind nicht erst durch die Anfechtung unehelich werden kann.

VI. Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Ehelichkeit und Unehelichkeit sind durchschlagend, sie gelten für alle Folgen, welche an die Ehelichkeit und Unehelichkeit geknüpft sind, also auch für diejenigen Folgen, welche das Landesrecht damit verbindet. Eine andere Behandlungsweise würde zu unerträglichen Verhältnissen führen. Das eheliche Kind ist daher ein eheliches Kind, auch für die Fideikommißfolge[1]).

VII. Aus dem Gesagten geht hervor:

Vaterschaft und physiologische Erzeugung brauchen nicht zusammen zu stimmen: die Vaterschaft ist ein rechtliches, die physiologische Erzeugung ein tatsächliches Verhältnis. Daher kann

1. der physiologische Erzeuger das Vaterrecht nicht begehren, wenn ein anderer die eheliche Vaterschaft hat.

2. Das Kind kann wegen seiner physiologischen Abstammung die Vaterschaft einer anderen Person nicht in Anspruch nehmen.

3. Einen Alimentenanspruch wegen physiologischer Erzeugung gibt es, wenn ein anderer die Vaterschaft hat, nicht.

4. Eine Legitimation durch spätere Ehe der Frau mit dem physiologischen Erzeuger hat keine rechtliche Wirkung: sie zerstört nicht die eheliche Vater- und Kindschaft, welche kraft Gesetzes begründet ist.

5. Eine positive oder negative Kindschaftsklage kann daher immer nur eine Klage auf Feststellung der rechtlichen Kindschaft sein. Eine Klage auf Feststellung der physiologischen Abstammung, abgesehen von der rechtlichen Kind-

---

[1]) Das Preuß. LR. II 2 § 17 machte hier einen Vorbehalt, den das Preuß. AusfGes. a. 89 fortbestehen lassen will.

schaft, gibt es nicht. Die physiologische Abstammung ist eine Tatsache, kein Rechtsverhältnis. Man könnte allerdings entgegenhalten, daß ein Kind möglicherweise ein persönliches Interesse hieran hätte, etwa das Interesse, von einem berühmten Manne abzustammen; allein ein derartiges Interesse kann sich nicht zu einem Personenrecht verdichten: es würde zu den größten Verirrungen und sozialen Schäden führen, wenn etwa ein eheliches Kind die Vergangenheit seiner Mutter aufrühren und ihren ehebrecherischen Umgang mit einem anderen Manne nachweisen dürfte, zu dem Zwecke, um die Physiologie der Vergangenheit zu rekonstruieren. Die zerrüttenden, familienauflösenden und sittlich verwirrenden Folgen eines derartigen Beginnens liegen klar zutage.

2. Eheliche Geburt und eheliche Zeugung.

§ 59.

I. Das von der Ehefrau in der Ehe oder in entsprechender Zeit nach der Ehe geborene Kind ist auch ohne Anerkennung ein eheliches Kind, vorausgesetzt, daß

1. während oder vor der Ehe eine Begattung mit dem Ehemann stattgefunden hat, und

2. daß der Ehemann möglicherweise der Erzeuger ist[1]), daß mindestens nicht Gründe physiologischer Art die Herkunft vom Ehemann unmöglich machen. Die Unmöglichkeit muß volle Unmöglichkeit sein, Unwahrscheinlichkeit genügt nicht; man kann die Ehelichkeit des Kindes nicht an Wahrscheinlichkeiten knüpfen[2]).

---

[1]) Diese Frage ließ das frühere Recht nicht aufkommen, insbesondere scheute man sich vor der Impotenzfrage; maßgebend war fr. 6 de his qui sui vel alieni juris (1, 6), vgl. auch a. 313 C. Nap. In fr. 6 heißt es allerdings: si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit. Doch wurde fast immer nur die Frage aufgeworfen, ob nach den Umständen eine Begattung anzunehmen sei oder nicht, nicht welches die Folgen des Aktes sein können, vgl. Leyser, Medit. Spec. 322, Bayrisches Ober-App.-G. 24. März 1840 und 8. Februar 1850, Seufferts Bl. für Rechtsanwendung 11 S. 123 und 15 S. 203.

[2]) RG. 16. Januar 1908, JW. 37 S. 144.

Gründe der Unmöglichkeit können sein:

a) Gründe der Rasse des Kindes, die aber oft trügerisch sind wegen des Atavismus, wegen der Einwirkung etwaigen früheren geschlechtlichen Verkehrs der Frau usw.

b) Gründe aus der Natur des Ehemannes, wenn sein Sekret als befruchtungsunfähig erwiesen wird (wie z. B. nach erfolgter Sterilisation). Doch muß auch hier der Beweis der Unmöglichkeit sicher sein, der bloße Nachweis einer großen Unwahrscheinlichkeit, z. B. wegen physiologischer Schwierigkeit der begattenden Wirkung des Sekrets, würde nicht genügen: Unwahrscheinlichkeit ist nicht Unmöglichkeit[1]).

c) Gründe, die aus der Zeit der Geburt folgen, namentlich wenn das Kind reichlich entwickelt ist und die eheliche Zeugung zu einer Zeit erfolgt ist, welche unmöglich bis zur Geburt eine solche Entwicklung zuließe; der Reifegrad des Kindes kann also entscheidend in Betracht kommen[2]). Auch eine Schwangerschaft um die Zeit der Begattung ist von Bedeutung; doch muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß eine Fehlgeburt erfolgt ist, welche die Schwangerschaft beseitigte[3]).

d) Ähnlichkeiten und Unähnlichkeiten dagegen sind viel zu unsicher, als daß sie zu berücksichtigen wären.

II. Zeugung ist nicht Erzeugung, Zeugung ist Begattung, also ein Naturakt, bei welchem allerdings die Regel gilt, daß er mit dem Willen des Zeugenden erfolgt und daß er den Erfolg hat, das männliche Sperma in die weibliche Scheide einzuführen.

Die Rechtsordnung kann sich aber mit diesen Voraussetzungen nicht befassen. Ein so intimer Akt wie die Zeugung mit so wichtigen Folgen für die Vaterschaft kann nicht an so heikle und unsichere Bedingungen geknüpft werden; daher gilt der Satz:

1. die Begattung gilt als Zeugung, auch wenn sie in unzurechnungsfähigem Zustande erfolgt ist; 2. es genügt die

---

1) RG. 11. April 1907, Recht 11 Nr. 2572.

2) Vgl. RG. 31. März 1910, JW. 39 S. 477 (Seuffert 65 Nr. 170), wo noch weitere Entscheidungen angeführt sind, Hamburg 15. Oktober 1903, M. 7 S. 416.

3) RG. 10. April 1913, Bayer. Zeitschr. 9 S. 253.

Vereinigung des Geschlechts: auf andere medizinische Vorgänge kann die Rechtsordnung nur insofern Rücksicht nehmen, als im einzelnen Falle die Unmöglichkeit der Befruchtung dargetan werden kann; dann ist die Begattung keine Nichtzeugung, sondern eine befruchtungslose Zeugung.

2. Nicht nur neuerdings, wie angenommen worden ist[1]), sondern schon in sehr alter Zeit wurde das Problem aufgeworfen, ob nicht auch eine Befruchtung ohne Begattung stattfinden könne. Schon die Talmudjuristen haben die Frage erörtert, ob das männliche Sperma nicht ohne Begattung in die weibliche Scheide gelangen kann, und schon die Talmudjuristen haben diese Frage bejaht[2]). Sie wird auch von den heutigen Medizinern bejaht. Hier aber kann die Rechtsordnung nicht in derselben Weise verfahren, wie bei der Zeugung. Daher ist vorauszusetzen:

a) daß die Injektion des Spermas mit dem Willen des Mannes erfolgte, und

b) daß die Injektion in einer Weise geschah, daß das Sperma in befruchtungsfähiger Weise dem Weibe zugeführt wurde[3]). In einem solchen außerordentlichen Falle muß auf die medizinischen Umstände genauer eingegangen werden[4]).

III. Ein Kind ist, wenn es während der Ehe vom Ehemann gezeugt ist, ob es während oder nach der Ehe geboren wird, ehelich. Es ist aber auch dann ehelich, wenn es vor der Ehe vom Ehemann gezeugt, während oder nach der Ehe geboren ist.

In dieser Behandlung der Sache stimmen das deutsche und das Schweizer Recht überein (§§ 1591 ff. BGB., §§ 252 ff. des Schweizer Gesetzes[5]).

---

1) Unrichtig Kipp S. 269.

2) Kahane, Z. vgl. R. XXX S. 148 f.

3) Vgl. RG. 4. Juni 1908, JW. 37 S. 485, Cöln 1. Juni 1907, M. 16 S. 222.

4) Wie wenn die Zeit kommt, in welcher man mit Spermenkonserven operiert? Dies würde wirklich zu großen Schwierigkeiten führen, auf die wir heutzutage noch nicht einzugehen brauchen.

5) Auch das englische Recht erkennt hier eine Ehelichkeit an, obgleich es gemäß dem Mertonschen Statut die Legitimation verwirft.

Die Begattung während der Ehe wird, wenn die Geburt am 181. Tage der Ehe oder später erfolgt, vermutet. Ist allerdings die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so wird die Vermutung durch die Umstände widerlegt. Es ist dann wie bei der vorehelichen Zeugung: für diese spricht keine Vermutung: es kommt nötigenfalls auf den Beweis an[1]).

3. Anerkennung.

§ 60.

I. Ein in der Ehe geborenes, vom Ehemann anerkanntes Kind ist ehelich; ehelich ferner ist ein Kind, das der Ehemann nicht verleugnet hat, vorausgesetzt, daß zu seinen Lebzeiten die Verleugnungsfrist verstrichen ist. In beiden Fällen kommt die Frage der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Zeugung nicht in Betracht. Der Ehemann ist Wahrer des häuslichen Herdes und Wahrer des Hausfriedens; gegen seinen Willen soll niemand die Geheimnisse des intimsten Waltens aufrühren; ist er mit dem Kinde zufrieden, so soll auch die Welt zufrieden sein. Diese Anerkennung kann die Wirkung einer nicht bloß halbseitigen Ankindung, sondern einer adoptio plena haben — sie wird in voller Beziehung respektiert. Daß das trauliche Haus von allen übelwollenden Anwürfen befreit wird, ist ein Interesse, das allen anderen vorgeht.

II. Ein auf solche Weise rechtlich zum ehelichen Kind gewordenes Kind hat vollkommen Kindesstellung, auch in

---

[1]) Das Schweizer Zivilgesetzbuch § 255 sagt ausdrücklich:

„Ist ein Kind vor dem hundertachtzigsten Tage nach Abschluß der Ehe geboren, oder waren die Ehegatten zur Zeit der Empfängnis durch gerichtliches Urteil getrennt, so hat der Ehemann seine Anfechtung nicht weiter zu begründen."

„Die Vermutung der Ehelichkeit des Kindes besteht jedoch auch in diesem Falle, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ehemann um die Zeit der Empfängnis der Mutter beigewohnt habe."

Der letzte Absatz ist fehlerhaft gefaßt, da er, wie es das Schweizer Gesetzbuch leider oft tut, prozessualische Elemente in das bürgerliche Recht hineinfließen läßt. Für das bürgerliche Recht und die Vermutung des bürgerlichen Rechts kommt die Begattung in Betracht, nicht die Glaubhaftmachung der Begattung. Vgl. hierüber meine Abhandl. im Arch. f. ziv. Prax. 96 S. 345, 361 (Technik der Gesetzgebung).

der Art, daß zwischen ihm und dem Vater ein Ehehindernis erwächst und ein Umgang mit ihm Inzest wäre, dies selbst dann, wenn erwiesenermaßen von einer Zeugung durch den Vater keine Rede ist und eine Blutsgemeinschaft nicht besteht.

III. Die Anerkennung des Ehemannes ist ein Rechtsgeschäft des Familienrechts (§ 1598).

Daher ist

1. auch ein Geschäftsbeschränkter zur Anerkennung fähig (ohne jede Einwilligung oder Genehmigung).

2. Die Anerkennung läßt keine Bedingung zu (auch nicht eine uneigentliche Bedingung).

3. Sie läßt keine Stellvertretung zu, sie kann also auch nicht durch den gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen geschehen.

4. Sie ist der Anfechtung zugänglich.

IV. Einer Form bedarf die Anerkennung nicht; sie kann brieflich erfolgen, auch durch eine Erklärung zur Geburtsurkunde; aber es muß eine wirkliche Anerkennung sein: die Anmeldung der Geburt durch den Ehemann ist natürlich keine Anerkennung der Vaterschaft; der Mann muß den Geburtsakt seiner Frau im ehelichen Hause anmelden, und in der Anmeldung erfüllt er seine Pflicht: einen Ausspruch darüber, daß er der Vater des Kindes ist, hat er hier nicht zu geben und liegt jedenfalls in der Erklärung über die Geburt des Kindes nicht[1]).

Die Anerkennung kann durch letztwillige Verfügung erfolgen. Die letztwillige Verfügung ist widerruflich; nicht als ob das Testament vor dem Tode ein bloßer Entwurf, kein Rechtsgeschäft wäre, aber alle letztwilligen Verfügungen nehmen an der Widerruflichkeit des Testamentes teil; die widerrufene letztwillige Anerkennung ist von Anfang an wirkungslos.

Die Anerkennung kann stillschweigend erfolgen; sie liegt darin, daß der Ehemann das Kind als eheliches behandelt.

---

[1]) Hamburg 1. November 1904, M. 10 S. 288, und Hamburg 8. Dezember 1909, M. 21 S. 244.

V. Die Anerkennung kann stattfinden, ob das Kind vor oder während der Ehe gezeugt worden ist; auch im ersten Fall kann dem Ehemann nicht entgegengetreten werden[1]).

VI. Ein rechtliches Hindernis erfährt die Anerkennung im Fall einer doppelten Vaterschaft, wenn während noch bestehender Ehe eine Putativehe stattgefunden hat und aus ihr Kinder hervorgegangen sind. Die Anerkennung des Ehemannes der gültigen ersten Ehe kann hier nicht maßgebend sein: die Anerkennung des legitimen Ehemannes überwindet das natürliche Zeugungsverhältnis, aber sie überwindet nicht das gleichwertige Rechtsverhältnis der Putativehe[2]).

Ein zweiter Zusammenstoß dieser Art wird schon vom Gesetze nach der Wahrscheinlichkeit des Falles entschieden: wenn eine Ehe gelöst wird, die Frau sofort wieder heiratet und nun ein Kind entsteht, welches der ersten und der zweiten Ehe angehören kann. Hier gebührt das Kind der ersten Ehe, wenn es vor dem 270. Tage nach Lösung dieser Ehe zur Welt kommt, sonst der zweiten (§ 1600). Auch hier der Gedanke: wo Recht und Recht sich gegenüberstehen, ist die Anerkennung machtlos. Wird allerdings hier oder in sonstigen Kollisionsfällen das Kind von dem betreffenden ehelichen Vater mit Erfolg verleugnet, so liegt nur eine Vaterschaft vor, und es gilt, wie wenn eine solche Kollision nie vorhanden gewesen wäre.

VII. Die Anerkennung ist eine Anerkennung des Kindes. Eine solche liegt nicht vor bei Anerkennung vor der Geburt; diese ist schon deswegen unwirksam, weil das Kind Eigenschaften haben kann, welche der Anerkennung entgegen-

---

[1]) Das Schweizer Zivilgesetzbuch § 256 Absatz 2 sagt allerdings: „Bei Zeugung vor Abschluß der Ehe kann die Ehelichkeit des Kindes, auch wenn es vom Ehemann anerkannt ist, durch die zuständige Behörde des Heimatkantons angefochten werden, falls nachgewiesen wird, daß dieser unmöglich der Vater des Kindes sein kann.“

Dies ist aber ein engherziger Kantonsstandpunkt, der in der Schweiz noch lange nicht verdrängt ist. Was der Bund macht, ist gut, was die Kantone machen, ist oftmals sehr mangelhaft.

[2]) Über diese Fälle vgl. auch Riezler, Arch. f. bürg. R. 38 S. 66, wo auch Literatur.

stehen, oder weil die Möglichkeit vorliegt, daß die Zeit der Geburt nicht mit der Begattung stimmt[1]). Dagegen ist die Anerkennung nach dem Tode des Kindes möglich, denn auch dies ist eine Anerkennung des Kindes und sie hat trotz des Todes wichtige Folgen.

4. Verleugnung[2]).

a) Allgemeines.

§ 61.

I. Verleugnung des Kindes durch den Ehemann ist eine Rechtshandlung, und zwar eine Rechtshandlung des Familienrechtes.

Daher gilt auch hier der Grundsatz:

1. Ein Geschäftsbeschränkter ist zur Verleugnung fähig (ohne jede Einwilligung oder Genehmigung).

2. Sie läßt keine Bedingung, auch keine uneigentliche Bedingung zu.

3. Sie läßt keine Stellvertretung zu (auch keine Stellvertretung des Geschäftsbeschränkten durch seinen gesetzlichen Vertreter). Eine Ausnahme gilt von dem Geschäftsunfähigen: dieser kann durch den gesetzlichen Vertreter (mit Genehmigung der Obervormundschaft) die Verleugnung vornehmen, § 1595.

II. Die Verleugnung ist ein bürgerlich-rechtlicher Akt, welcher die eheliche Rechtslage des Kindes verschiebt: das Kind ist jetzt von der geschirmten Rechtsstellung in die Ungewißheit verstoßen: es ist ein eheliches oder uneheliches Kind nach den objektiven Umständen, die oben (S. 294) entwickelt worden sind.

---

[1]) Vgl. Hamburg 8. Dezember 1909, M. 21 S. 244.

[2]) Das BGB. spricht von Anfechtung der Ehelichkeit, so auffallenderweise auch das Schweizer Gesetzbuch § 253. Der Ausdruck ist nicht empfehlenswert; man kommt zu unsäglichen Verwirrungen, wenn man von Anfechtung der Ehelichkeit und von Anfechtung der Anerkennung spricht (§ 1599 BGB., § 641 ZPO.). Auch paßt Anfechtung nur für die Anfechtung einer Rechtshandlung, und hiervon ist ja nicht die Rede. Viel besser der Ausdruck Verleugnung, wie im Bad. Landrecht, action en désaveu des C. Nap. Warum will man alle bezeichnenden Ausdrücke entfernen, um farblose, bureaukratische Schemen einzuführen?

Man sollte nun erwarten, daß die Verleugnung durch einseitige ankunftsbedürftige Rechtshandlung, wenn nicht dem Kinde, so doch einer Behörde, z. B. dem Ehegericht, gegenüber erfolgte. Dies ist indes nur dann der Fall, wenn das Kind gestorben ist; lebt es noch, so wird dasselbe Prinzip befolgt wie bei der Anfechtung der Ehe.

Die Verleugnung erfolgt nämlich durch Klage und durch Fortsetzung der Klage bis zum rechtskräftigen Urteil; sie ist ein gestrecktes Rechtsgeschäft (§ 1596). Auch hier ist das Urteil natürlich nicht konstitutiv, sondern es ist ein Feststellungsurteil, welches die durch Klage und Klagefortsetzung betätigte Anfechtung als erfolgt und als im Rechte begründet erklärt. Das rechtliche Motiv für diese Behandlung ist dasselbe wie bei der Ehe. Eine Anfechtung, bei der es zweifelhaft bliebe, ob sie begründet oder unwirksam ist, so daß mithin das Kind im praktischen Leben zwischen Ehelichkeit und Unehelichkeit hin- und herschwankte, wäre praktisch unbrauchbar, und es wäre ein Feststellungsprozeß doch erforderlich, um so mehr, als hier Vergleich und private Erledigung ausgeschlossen ist.

III. Der Hauptnerv der Klage ist also zivilrechtlich; daher der Grundsatz: Der Geschäftsbeschränkte, wie er zivilrechtlich verleugnen kann, kann auch die prozessuale Klage erheben, mit deren Hilfe die Verleugnung geschieht (§ 641 ZPO.).

Im übrigen gilt folgendes:

1. Wird die Klage bei dem unzuständigen Gericht erhoben oder sonst aus prozessualen Gründen durch Abstandsurteil (absolutio ad instantia), z. B. wegen Prozeßunfähigkeit einer Partei, zurückgewiesen oder wird sie prozessualisch zurückgenommen, so ist § 212 rechtsähnlich anwendbar.

2. Die Annahme, daß in einem solchen Falle die zivilrechtliche Anfechtung als erfolgt bestehen bliebe, so daß nunmehr die Klage in infinitum als Feststellungsklage erhoben werden könnte, ist ebenso unpraktisch wie unjuristisch. Wenn es der Zweck der Rechtsordnung ist, daß die Anfechtung in Verbindung mit einer feststellenden Klärung der Sache erfolgen soll, so darf das Ziel nicht dadurch vereitelt werden, daß man die Anfechtung in anderer Weise ge-

schehen läßt und die feststellende Klärung auf ewige Zeit verschiebt.

3. Die Klage ist gegen das Kind zu richten; das Kind ist durch einen Pfleger zu vertreten. Die Mutter kann als Intervenientin eintreten: die Intervention ist eine streitgenössische, da das Urteil, welches dem Kinde den Vater abspricht, auch gegen die Mutter wirkt. Man kann die Mutter auch zur streitgenössischen Intervention herbeiziehen, indem man die Klage gegen Kind und Mutter richtet; im Schweizer Gesetzbuch § 253 wird eine derartige Heranziehung der Mutter als notwendig erklärt.

IV. Die Verleugnung geschieht durch Klage, solange das Kind lebt. Ist das Kind tot, so verwandelt sich die Frage in der Hauptsache in eine Vermögensfrage. Hier genügt daher eine öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 1597). Erfolgt allerdings der Tod des Kindes während des Prozesses, so wäre an sich eine Fortsetzung und eine sachliche Erledigung des Prozesses möglich und wünschenswert. Unrichtigerweise hat aber die Zivilprozeßordnung in § 628 und in § 641 bestimmt, daß hier der Prozeß nicht mehr sachlich erledigt werden solle: die Erledigung des Prozesses erfolgt vielmehr in diesem Falle durch Abstandsurteil und steht einer anderen Erledigung durch Abstandsurteil gleich; es gilt daher der § 212, wonach die Verleugnung in der Form des § 1597 in sechs Monaten von der Rechtskraft des Urteils an nachfolgen kann.

V. Die sachliche Abweisung der Verleugnungsklage hat zur Folge, nicht nur daß die Verleugnung wirkungslos bleibt, sondern daß nunmehr die Ehelichkeit des Kindes feststeht; eine zweite Verleugnung kann daher nicht stattfinden, weder durch zweite Klage, noch, wenn das Kind gestorben ist, in der Form des § 1597.

VI. Die Verleugnung des Kindes muß in einer Frist erfolgen, die von der Kenntnis des Ehemannes an datiert; die Frist ist die Frist eines Jahres.

1. Die Kenntnis des Ehemannes ist eine Kenntnis von der Geburt des Kindes als des Kindes der Ehefrau, und zwar von der Geburt zu einer Zeit, welche die Verleugnung des

Kindes notwendig erscheinen läßt. Es genügt daher nicht die Kenntnis von der Geburt mit dem Glauben, daß das Kind zu einer Zeit geboren sei, in welcher es überhaupt nicht mehr als ehelich zu betrachten wäre; es muß vielmehr eine genügende Kenntnis davon sein, daß das Kind in dem Kreise der Ehelichkeit zur Welt kam[1]). Dagegen ist die genaue Kenntnis vom Datum der Geburt nicht erforderlich[2]).

2. Die Kenntnis eines Irrsinnigen ist keine Kenntnis[3]).

3. Die Frist ist keine Verjährung, wird aber wie eine Verjährung gehemmt (§§ 203, 206).

4. Der Vater hat für die Anerkennung oder Verleugnung die Jahresfrist, er kann nicht zu einer früheren Entscheidung gedrängt werden, auch nicht dadurch, daß etwa gegen ihn eine Feststellungsklage erhoben wird[4]).

b) Verleugnung unter Anfechtung der Anerkennung.

§ 62.

I. Die Anerkennung des Kindes ist eine Rechtshandlung und kann angefochten werden. Die Anfechtung der Anerkennung bringt die Sache in den Stand der Nichtanerkennung zurück, so daß nunmehr eine Verleugnung des Kindes möglich ist.

II. Es wären daher eigentlich zwei Rechtsakte nötig:

1. eine Anfechtung der Anerkennung, welche der Verleugnung des Kindes Raum gibt,

2. eine darauf folgende Verleugnung des Kindes.

Indes wird hier beides verbunden; eine Anfechtung der Anerkennung hat nur Sinn, wenn der Mann zugleich das Kind verleugnet: Anfechtung der Anerkennung und Verleugnung gehen Hand in Hand.

Daraus ergibt sich:

a) Die Anfechtung der Anerkennung ist ein Geschäft des Familienrechts; sie kann durch einen Geschäftsbeschränkten

---

1) Anders RG. 3. März 1913, JW. 42 S. 544.

2) Vgl. Oberstes LG. Bayern 30. Dezember 1903, Entsch. f. G. 4 S. 80 (= M. 8 S. 345).

3) RG. 3. März 1913, Hessische Rechtspr. 1914 S. 51.

4) Hamburg 14. Mai 1906, M. 14 S. 255.

erfolgen, sie geschieht in der Form der Verleugnung, denn sie enthält eine solche in sich; sie geschieht also durch Verleugnungsklage oder, wenn das Kind gestorben ist, in der Form des § 1597; vgl. § 641 ZPO.

b) Sie kann, abgesehen von dem Fall der Geschäftsunfähigkeit, nicht durch einen Vertreter erfolgen.

c) Die Anfechtung der Anerkennung kann nur durch denjenigen geschehen, welcher auch eine Verleugnung vornehmen kann, also wenn die Anerkennung testamentarisch erfolgte, nicht etwa durch die Erbinteressenten (§§ 2078ff. können keine Anwendung finden).

d) Die Anfechtung der Anerkennung hat in einer Zeit zu erfolgen, in welcher eine Verleugnung möglich ist.

III. Die Gründe der Anfechtung der Anerkennung sind die gewöhnlichen Gründe der Rechtsgeschäftsanfechtung, also Irrung, Zwang oder Arglist. Irrung ist Unkenntnis derjenigen Tatsachen, welche die eheliche Stellung des Kindes bedingen. Eine derartige Irrung ist nicht eine Irrung im Motiv, sondern eine Irrung, welcher der Anerkennung einen falschen Inhalt gibt, denn der Anerkennende spricht einem Kinde mit ganz anderer Lebensgeschichte eine Ehelichkeit zu, nicht dem Kinde mit der wirklichen Lebensgeschichte, die eben dem Irrenden unbekannt ist. Es ist ähnlich, wie wenn jemand den Inhalt eines Testaments anerkennt, das sich nachträglich als gefälscht erweist. Die Anfechtung wegen Irrung hat große Bedenken, ihre Möglichkeit kann den Stand des Kindes längere Zeit in Zweifel setzen und die Familienverhältnisse erschüttern. Das Schweizer Gesetz § 257 kennt nur eine Anfechtung wegen Arglist.

Die Arglist kommt in Betracht, auch wenn sie von einem Dritten, namentlich von der Mutter gespielt wird; die eheliche Mutter ist zudem Vertreterin ihres Kindes gegenüber dem Ehemann, solange ihm nicht ein Pfleger bestellt ist (§ 1599). Anders bei dem unehelichen Kind S. 356.

IV. Was die Frist der Anfechtung betrifft, so gilt folgendes: zu beachten sind die Grundsätze der Anfechtungsfrist, zu beachten aber auch die Grundsätze der Verleugnungsfrist. Daher:

1. Bei Irrung hat die Anfechtung unverzüglich zu erfolgen, um dem Grundsatz über die Irrtumsanfechtung zu genügen. Sie muß ferner innerhalb des Jahres seit Kenntnis der Geburt erfolgen, damit zu der Anfechtung der Anerkennung auch die Verleugnung hinzutreten kann.

2. Die Anfechtung wegen Arglist und Zwang aber kann innerhalb eines Jahres von der Kenntnis der Arglist oder der Aufhebung des Zwanges erfolgen, um als Anfechtung von Arglist oder Zwang zu gelten. Sie muß aber zugleich die obige Jahresfrist innehalten, weil ja sonst die Anfechtung der Anerkennung keinen Zweck hätte, da sie nicht zur Verleugnung führen könnte (§ 1599 BGB.).

3. Die Frist wird beiderseits gehemmt nach den Grundsätzen von §§ 203 und 206, vgl. § 1599.

V. Das Verstreichenlassen der Verleugnungsfrift kann eine Anerkennung enthalten und deutet auf Anerkennung hin; nur ein Ausfluß des Gedankens ist es 1. daß die Verleugnungsfrist erst von der Kenntnis der Geburt des Kindes an läuft (§ 1594), 2. daß dem Geschäftsunfähigen die Frist nicht läuft, obgleich er seinen gesetzlichen Vertreter hat (§ 1595), nur ist hier die nachträgliche Frist auf 6 Monate verkürzt.

Im übrigen ist das Verstreichenlassen der Frist eine (alogische) Erscheinung, nicht der logische Ausfluß einer Willensäußerung: die Folge des Fristablaufs ist eine kraft objektiver Rechtserscheinung eintretende Rechtswandlung. Von einer Anfechtung des Fristablaufs wegen Irrtums, Zwangs oder Arglist ist daher keine Rede, § 1956 ist nicht analog anzuwenden; es wäre sehr schlimm, wenn nach langem Zeitablauf etwa noch eine Irrtumsanfechtung erfolgen könnte[1]). Höchstens eine Anfechtung auf Grund von Zwang oder schwerer Arglist wäre zuzulassen auf dem indirekten Wege, indem man dies als höhere Gewalt auffaßte, wodurch der Lauf der Frist gehemmt würde (§ 203)[2]).

---

[1]) Hamburg 11. Juli 1907, M. 16 S. 1.

[2]) Wie, wenn der Ehemann sich bei der Verleugnungsklage verspätet, weil er gehört hat, daß das Kind als ein uneheliches eingetragen sei? Man hat gesagt, daß dem Ehemann hier nicht geholfen werden könne, Jena 26. Dezember 1910, Thüring. 58 S. 252.

Viel besser sagt hier das Schweizer ZGB. § 257:

„Hat der Ehemann die Ehelichkeit des Kindes ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt, oder ist die Frist zur Anfechtung unbenutzt verstrichen, so kann eine Anfechtung (nur noch) erfolgen, wenn dargetan wird, daß der Klageberechtigte arglistig zur Anerkennung oder zur Unterlassung der Anfechtung bewogen worden ist."

„Die Anfechtungsfrist beträgt in diesen Fällen von neuem drei Monate von der Entdeckung der Arglist an gerechnet."

5. Nicht anerkannt und nicht verleugnet.

§ 63.

I. Eine schlimme Rechtslage entsteht dann, wenn der Ehemann innerhalb der Verleugnungsfrist stirbt, ohne von der Verleugnung Gebrauch gemacht und ohne das Kind anerkannt zu haben. Hier hört die günstige Rechtsstellung auf, welche dem Kind die schirmende Hand des Ehemannes gab. Ob das Kind ehelich ist, wird nun nicht mehr durch den Spruch des Ehemannes bestimmt, sondern richtet sich jetzt nach den objektiven Gründen des § 1591.

Das Schweizer Gesetz hat diesen Umständen Rechnung getragen; es gestattet die Verleugnung jedem durch das Kind ausgeschlossenen Erbberechtigten in der Art, daß, wenn eine solche Verleugnung nicht erfolgt ist, das Kind wegen Verstreichens der Verleugnungsfrist die Ehelichkeit erwirbt: die Frist wirkt als Rechtswandlungsfrist auch nach dem Tode des Ehemannes.

Leider haben wir im deutschen Recht eine solche Rechtswandlung nicht: das Kind schwebt in der Luft, die rechtliche Klärung kann nur durch Feststellungsklage erfolgen, die von dem Kinde oder dem Gegner des Kindes erhoben werden kann (§ 1593)[1]; doch muß auch hier folgendes angenommen werden: die Feststellung gegenüber dem legitimus contradictor gilt gegenüber dem ganzen Publikum (§ 643 ZPO.);

---

[1]) Vgl. Cassel 3. Mai 1904, M. 10 S. 284.

legitimus contradictor ist aber der nächste Familien- oder Erbberechtigte; sind beide nicht in einer Person vereint, z. B. bei testamentarischer Bestimmung, so ist die Klage gegen beide zu erheben.

Dies wird leider vielfach nicht angenommen: man glaubt, daß hier die Feststellungsklage nur eine Entscheidung unter den Parteien bewirkt, also die Frage durchaus nicht nach allen Seiten hin erledigt. Hiernach würden die Mißlichkeiten des § 1593 noch vergrößert. Die Ansicht ist unrichtig und zu verwerfen[1]).

II. Die Klage kann allerdings auch von jedem Drittinteressenten erhoben, die Frage kann auch nebenbei aufgeworfen werden. Nur verlangt die Klage als Feststellungsklage ein genügendes rechtliches Interesse. Eine Klage der Mutter gegen das Kind auf Feststellung seiner Unehelichkeit wird regelmäßig des rechtlichen Interesses entbehren: eine bloße Tatsachenfestsetzung ist nicht Sache des Familienprozesses[2]).

III. Hiernach kann insbesondere, wenn der Ehemann geschäftsunfähig, aber auch wenn er verschollen ist, die Rechtsstellung eines Kindes lange zweifelhaft sein, — ein sehr wenig erfreuliches Ergebnis. Noch unerfreulicher ist es, wenn die zurückgebliebene Frau Kind auf Kind zur Welt bringt, welche, da kein Ehemann da ist, welcher die Kinder verleugnet, als eheliche Kinder des Verschollenen gelten sollen, so daß erst wenn eine Todeserklärung erfolgt, die Sache ihre Regelung findet: die Kinder, die nach der festgesetzten Todeszeit gezeugt wurden, gelten als nach Lösung der Ehe gezeugt, bei den übrigen kann nunmehr die Ehelichkeit wegen Unmöglichkeit der Ehemannszeugung bestritten werden, was zur Feststellungsklage führen kann[3]).

---

[1]) Kammergericht 27. Oktober 1910, M. 1 S. 372, und 10. November 1911, M. 24 S. 21.

[2]) Hamburg 13. Februar 1906, M. 12 S. 318, München 22. April 1909, M. 21 S. 244.

[3]) Über die Folgen, die hier eintreten, namentlich über eine etwaige Legitimation durch nachfolgende Ehe mit dem Erzeuger, vgl. Enzyklopädie II S. 159, wo auch die Rechtsprechung.

Anhang.

Rechtsvergleichend möchte ich zu § 1593 BGB. bemerken[1]):

Der Grundsatz, daß die Anerkennung des Ehemannes unbedingt entscheidet und jede weitere Erörterung ausschließt, ist auch der Grundsatz des Schweizer ZGB.'s §§ 254, 256, der Grundsatz des französischen Rechts a. 312 und der Grundsatz des preußischen Landrechts II 2 § 16; während allerdings das sächsische Gesetzbuch in § 1778 ausdrücklich erklärte, daß die Anerkennung des Vaters den Rechten Dritter, namentlich auch den Rechten des Kindes nicht zu nahe trete, so daß hier eine actio de filiatione negativa trotz Anerkennung immerhin möglich war, was man auch im märkischen Recht und im Hamburger Recht angenommen hat, vgl. KG. 24. März 1903, Mugdan 7 S. 74, und OLG. Hamburg 22. September 1903, Mugdan 7 S. 417. Der Codex Bavaricus I 4 § 9 enthielt darüber keine ausdrückliche Vorschrift. Doch ging von jeher der überwiegende Zug des gemeinen Rechts dahin, daß, abgesehen von Lehens- und Fideikommißverhältnissen, nur der Vater die Legitimität des Kindes bestreiten könne, ausgenommen etwa den Fall, wenn er dazu unfähig oder wenn er gestorben war, ohne daß er in die Lage kam, sich darüber auszusprechen, wie z. B. im Falle des posthumus bei Leyser, Medit. Spec. 322 Nr. 5: die Anerkennung des Vaters sollte die Frage vollkommen erledigen. Wir finden allerdings in der älteren Literatur Fälle, in denen die Anerkennung des Vaters in Zweifel gezogen wird; aber soweit ich sehe, sind dies nur solche Fälle, wo die Ehe und infolgedessen die eheliche Vaterschaft zweifelhaft war, nicht auch Fälle, wo die Ehe unzweifelhaft war und nur der Erzeuger in Frage stand, vgl. z. B. Stryck, Dissertatio XII de obligatione affirmantis § 20f (Opera VIII p. 369).

Auch die ältere bayerische Jurisprudenz folgte unserem Grundsatz: wenn der eheliche Vater das Kind anerkennt, so haben andere Leute nicht hineinzureden und kann weder das Kind noch ein Dritter seine eheliche Abkunft bestreiten. Vgl. auch Roth, Bayerisches Zivilrecht (1. Aufl. 1871) I S. 421. Dies wurde selbst dann angenommen, wenn das Kind vor der Ehe gezeugt war: auch hier wurde das Kind ohne weiteres als eheliches behandelt, wenn der Ehemann nicht widersprach, und seine ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung schloß jede Anfechtung aus. So die Entscheidung des Oberappellationsgerichts vom 6. November 1843: eine Frau hatte am 83. Tage nach der Ehe geboren und verklagte einen Dritten als den außerehelichen Vater; der Gerichtshof (Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 13 S. 222) erklärte: „nachdem nun aber ein in der Ehe geborenes Kind jedenfalls zunächst dem Ehemann geboren wird und abgesehen von Lehen- und Fideikommißverhältnissen

---

[1]) Die Frage kam namentlich in dem berühmten Prozeß Beidler gegen Wagner zur Besprechung.

niemandem das Recht zustand, die Legitimation eines solchen Kindes in Streit zu ziehen, solange sie nicht von ihm selber bestritten worden ist" . . . In gleicher Weise entschied das Oberappellationsgericht vom 27. August 1841 (Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 11 S. 287): „Zwar ist zwischen dem Trauungstage und dem Tage der Geburt des Sohnes ein so geringer Zeitraum, daß die Erzeugung während der Ehe nicht geschehen sein könnte, allein dieser Umstand der zu frühen Geburt würde zunächst nur den Ehemann veranlassen können, einen Anstand deswegen zu erregen und die Anerkennung des Kindes als seines rechtmäßigen Sohnes zu verweigern. In Ermangelung einer Protestation ist der Sohn als anerkannt anzusehen."

II. Eheliche Kindschaft durch nachfolgende Ehe. (Legitimation.)

(Enzyklopädie II S. 162.)

§ 64.

I. Das byzantinische Institut der Legitimation durch nachfolgende Ehe hat durch das kanonische Recht volle Anerkennung erfahren und ist dadurch zu einem Weltinstitut geworden, dem sich zwar das englische Recht zu seinem großen Schaden verschlossen hat, das sich aber neuerdings auch in Ländern des englischen Rechtes einzubürgern begann.

II. Die Legitimation ist eine Erstreckung der Folgen der Ehe auf vorehelich geborene Kinder der beiden Ehegatten, wodurch der Erfolg erzielt wird, wie wenn das Kind mit dem Moment der Abschließung der Ehe neu geboren würde. Der gewöhnliche Vorgang ist, daß das Kind vorher von dem Ehemann anerkannt und ihm bei der Eingehung der Ehe ausdrücklich die Stellung eines ehelichen Kindes zugestanden wird, weshalb auch in solchem Falle die Anerkennung vom Standesbeamten beurkundet werden darf (§ 167 GfG.). In früherer Zeit brachte die Braut bei der Hochzeit das Kind mit, daher der Name Mantelkind: Es sollte damit drastisch dargelegt werden, daß die Ehe auch auf das Kind einwirkt, und eine derartige Wirkung war um so bedeutsamer, als jahrhundertelang der Gedanke aus dem Volke nicht auszurotten war, daß schon die Verlobung eine Art von ehelicher Verbindung sei, welche zum Geschlechtsverkehr berechtige.

III. Allein dieser Fall ist nur der typische; seine Schilderung ist nicht eine rechtliche Umgrenzung des Instituts[1]); vielmehr gilt der Satz: die Ehe wirkt legitimierend auf die Kinder der beiden Ehegatten, auch dann, wenn sie zur Zeit der Ehe noch nicht vom Ehemann anerkannt sind, dieser vielleicht sich noch die Anerkennung vorbehalten hat und etwa sogleich nach der Ehe in Geisteskrankheit verfällt, oder wenn die Erzeugerschaft zur Zeit der Ehe noch bestritten ist und erst nachträglich festgestellt werden soll; oder auch wenn etwa solche Kinder verschollen sind, wenn man an ihren Tod glaubt und sie nachträglich wieder auftauchen. Es ist daher manchmal unsicher, ob ein Kind von einer solchen legitimierten Wirkung betroffen wird oder nicht; der Fall kann sich auch so ereignen, daß ein Kind während einer Ehe außerehelich geboren wird, indem es sicher von einem anderen als dem Ehemann erzeugt ist und entweder von dem Ehemann verleugnet wird oder, weil der Ehemann ohne Anerkennung und vor Ablauf der Verleugnungsfrist stirbt, als außerehelich gilt: ein solches Kind wird legitimiert, sobald die Mutter und der außereheliche Erzeuger nachträglich heiraten, denn die Bestimmung früherer Rechte, welche die Legitimation der adulterini verbot, besteht nicht mehr.

IV. Die Legitimation ist daher nicht etwa ein Rechtsgeschäft. Man kann auch nicht sagen, daß die Ehe als Rechtsgeschäft die Legitimation bewirkt, denn die legitimierende Wirkung ist nur eine Nebenfolge der Eheschließung, welche ohne jede Voraussicht eintritt; tritt sie doch auch dann ein, wenn gar keine Ehe stattfand, diese aber durch rechtskräftiges Urteil als stattgefunden erklärt wurde, da das rechtskräftige Urteil das Rechtsgeschäft der Ehe ersetzt.

---

[1]) Wenigstens nicht bei uns; in manchen Rechten galt etwas anderes; § 17 des Luzerner Gesetzes von 1865 lautete z. B.:

„Wenn derjenige, der sich freiwillig als Vater bekennt oder durch gerichtliches Urteil als solcher erklärt worden ist, die Mutter des Kindes heiratet, so erhält dieses den Namen und die Heimat des Vaters, tritt unter die väterliche Gewalt und erlangt vom Tage der Verehelichung der Eltern die Rechte der ehelichen Geburt. Jedoch kann es den in einer inzwischen bestandenen Ehe erzeugten ehelichen Kindern bereits erworbene Rechte nicht streitig machen.“

Sie ist mit der Tatsache, daß eine Ehe besteht, unweigerlich verbunden, und wenn etwa die Ehe als nichtig erklärt wird, so würde danach auch die Legitimation zusammenfallen, wenn nicht die besonderen Grundsätze über die Putativehe gelten würden. Daher ist die Legitimation nicht auf ein Rechtsgeschäft zurückzuführen, sondern auf ein Rechtsereignis, das eintritt, sobald ein gewisses Zusammentreffen der Dinge stattfindet. Daraus geht hervor:

1. Da ein Rechtsgeschäft nicht vorliegt, so fällt die ganze Frage über Geschäftsunfähigkeit weg. Von Mitwirkung der Obervormundschaft ist keine Rede.

2. Eine Anfechtung kann nicht erfolgen. Es kann zwar die Ehe angefochten werden und die Anfechtung und Nichtigkeitserklärung der Ehe wirkt dann auch auf die Legitimation, aber eine Anfechtung der Legitimation selbst ist ausgeschlossen.

V. Wie bei den ehelichen Kindern, so gelten auch bei den legitimierten die Grundsätze der Putativehe: es ist wie wenn die Kinder mit der Ehe neu geboren würden (§§ 1721, 1699f.).

VI. Durch die Legitimation erhält das Kind einen ehelichen Vater und es hören daher alle Folgen der unehelichen Erzeugung auf, so z. B. wenn seinerzeit ein Dritter als unehelicher Erzeuger zu Alimenten verurteilt worden ist: ein solches Urteil ist, was die Zukunft betrifft, nach § 767 ZPO. aufzuheben, denn es büßt durch das Ereignis der nachträglichen ehelichen Vaterschaft für die Zukunft von selber seine materielle Grundlage ein.

VII. Was von den ehelichen Kindern gilt, daß die Anerkennung des Ehemannes sie ohne Rücksicht auf alles weitere zu ehelichen Kindern macht, muß auch von der Anerkennung des legitimierenden Vaters gelten: der objektive Nachweis, daß er die Mutter nicht begattet hat oder daß das Kind unmöglich aus seiner Begattung hervorgehen konnte, ist bedeutungslos. Zwar ist dieser Satz für die Legitimation nicht besonders ausgesprochen, aber er muß aus folgendem Grunde gelten: ein Widerspruch des wirklichen Erzeugers hätte nur dann Sinn, wenn die uneheliche Erzeugerschaft bei uns überhaupt ein Rechtsverhältnis der Vaterschaft begründete: dann

könnte der uneheliche Vater gegen die Ansprüche des Nichterzeugers auf eheliche Vaterschaft mit Recht Widerspruch erheben, und es läge der Fall anders als bei dem während der Ehe geborenen Kinde, wo ganz andere Rücksichten obwalten.

In der Tat nehmen auch die Länder, welche eine uneheliche Vaterschaft als Rechtsinstitut kennen, an, daß der uneheliche Vater durch eine solche Prätention des neuen Ehemannes nicht zum Schweigen gebracht werden dürfe. Da aber bei uns eine uneheliche Vaterschaft juristisch gar nicht anerkannt wird, sondern höchstens die Möglichkeit besteht, daß jemand als Erzeuger des Kindes eine Summe Geldes zu zahlen hat, so hätte es gar keinen Sinn, dem Kinde in solchem Falle die eheliche Vaterschaft abzustreiten, welche ja nicht nur für das Kind, sondern auch für die sozialen Verhältnisse als Wohltat erscheint. Und auf eine Legitimation durch spätere Ehe mit dem wirklichen Erzeuger ist nicht zu rechnen. Was aber sonstige Personen betrifft, so ziemt es ihnen nicht, gegen die Ehelichkeit eines Kindes aufzutreten, welches die Anerkennung des Ehemannes für sich hat.

VIII. 1. Die Legitimation bewirkt, daß das Kind von dem Moment der Ehe an ein eheliches Kind der Ehe ist in aller und jeder Beziehung, nicht etwa bloß in Beziehung zu den Eltern, sondern zu der ganzen Familie. Die Legitimation führt das Kind in die Familie ein, und alle Mitglieder haben es ebenso als Familienmitglied zu begrüßen wie ein Kind, das in der Ehe geboren würde.

2. Dieser Grundsatz gilt durchaus, er gilt allüberall, wo die bürgerliche Rechtsordnung herrscht, also auch auf den Gebieten, welche sonst der Landesgesetzgebung überlassen sind, z. B. auf dem Gebiete des Fideikommißrechtes[1]). Die Landesgesetzgebung kann bestimmen, daß die ehelichen Kinder ein Recht haben oder nicht haben, aber sie kann nicht bestimmen, daß der Begriff der ehelichen Kinder anders zu fassen ist, als nach dem bürgerlichen Recht. Ein legitimiertes Kind muß als eheliches Kind angenommen werden, ebenso wie ein Kind, das in der Ehe geboren, aber vor

---

[1]) Er gilt auch für das Adelsrecht, Preuß. LR. II 9 § 5.

der Ehe gezeugt worden ist. Anders ist es nur da, wo eine Rechtsordnung ganz außerhalb des bürgerlichen Rechts steht, wie z. B. die Observanz des hohen Adels.

3. Das legitimierte Kind hat diese Rechte von selbst ohne seinen Willen und auch gegen seine Einwilligung. Es kann die Eigenschaft eines ehelichen Kindes nicht ablehnen, obgleich folgendes gilt: Die Eigenschaft eines ehelichen Kindes zeigt sich nicht nur in den Rechten, sondern auch in den Pflichten; in den Rechten namentlich, was Erb- und Pflichtteilsrecht betrifft, aber auch in den Pflichten, namentlich in der Unterstützungspflicht. Ein legitimiertes Kind hat seine Eltern, namentlich auch den ehelichen Vater ebenso zu unterstützen, wie jedes eheliche Kind. Möglich wäre es nun, daß hier Mißbräuche vorkämen, daß z. B. ein Ehemann das außereheliche Kind seiner Frau nach vielen Jahren anerkennen würde, um die gesetzliche Unterstützung zu genießen, obgleich er sich niemals als der Erzeuger des Kindes dargestellt hatte. In solchem Falle könnte immerhin eine Arglisteinrede gegeben sein.

IX. 1. Der Fall wäre noch denkbar, daß ein uneheliches Kind von zwei Männern anerkannt worden wäre, und daß sodann der eine und, nach der Ehescheidung, der andere die Mutter heiratete. In diesem Falle gilt natürlich der Satz, daß die einmal erlangte Kindschaft bleibt und durch spätere Umstände nicht mehr abgewendet werden kann.

2. Es kann daher, wenn bei der Eheschließung ein uneheliches Kind der Frau vorhanden ist, zweifelhaft sein, ob eine Legitimation eingetreten ist oder nicht, vor allem wenn eine Anerkennung des Kindes durch den nachmaligen Ehemann noch ausbleibt. Darum kann die Vormundschaft infolge einer solchen Ehe nicht von selbst aufhören, und der Vormund kann seine Meinung in dieser Sache nicht als maßgebend erklären, vielmehr sind die Zweifel, soweit die Frage nicht durch ein Urteil des Prozeßgerichtes geklärt wird, durch rechtspolizeiliche Entscheidung der Obervormundschaft zu erledigen: diese hat nach ihrer Überzeugung die Vormundschaft weiterbestehen zu lassen oder aufzuheben, § 1883 BGB. Als maßgebende Entscheidung des Prozeßgerichts gilt eine Entscheidung über die durch die Legitimation geschaffene ehe-

liche Kindschaft; eine Entscheidung im Alimentationsprozeß ist keine Festsetzung der Vaterschaft.

3. Die Legitimation ist im Standesregister zu vermerken, wenn sie durch öffentliche Urkunde nachgewiesen wird (§ 26 PersStG.). Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist als solche öffentliche Urkunde zu betrachten (§ 1883), aber auch die Anerkennung der Vaterschaft durch den Ehemann[1]).

B. Unvollkommene eheliche Kindschaft.

I. Kindschaft durch Ehelichkeitserklärung.

1. Grundlagen.

§ 65.

I. Schon das byzantinische Recht kannte neben der Legitimation durch nachfolgende Ehe eine Legitimation durch Fürstenspruch, und das spätere Fürstenrecht hat dieses Institut weiterentwickelt. Wie es als ein Recht des Kaisers und des Fürsten galt, den Adel zu erteilen, so galt es als ihr Recht, uneheliche Kinder in eheliche zu verwandeln und den Erzeuger zum Vater zu erheben. Damit wollte man einerseits die schwere soziale Mißstellung der unehelichen Kinder heben; außerdem wollte man ein Vaterverhältnis begründen, das durch uneheliche Erzeugung nicht geschaffen werden konnte. Der erste Grund ist natürlich heutzutage weggefallen, dagegen ist der zweite von Bedeutung, und dies namentlich in unserem Rechte, wo die Anerkennung des natürlichen Erzeugers so geringfügige Wirkungen hat.

II. Die Ehelichkeitserklärung in unserem Rechte ist die Schaffung eines Vater- und Kinderrechts durch staatlichen Ausspruch zu dem Zwecke, um zwischen dem natürlichen Erzeuger und Kind ein Verwandtschaftsband zu schaffen, welches dem Verwandschaftsband der ehelichen Vater- und Kindschaft entspricht.

III. Die Grundlage des Instituts ist die Erzeugerschaft; es soll dadurch nicht eine künstliche Verwandtschaft ge-

---

1) Vgl. KG. 25. Januar 1906, M. 14 S. 298.

schaffen, sondern die natürliche Verwandtschaft des Erzeugers zu einer ehelichen erhoben werden. Wer der Erzeuger ist, richtet sich nach denselben Grundsätzen wie bei der unehelichen Verwandtschaft, nur mit der Besonderheit, daß eine Anerkennung durch den Erzeuger vorausgesetzt wird; denn nur auf Grund der Anerkennung kann die Ehelichkeitserklärung erfolgen (§ 1725); mit welcher Anerkennung von selber die zwei Folgerungen sich ergeben, daß a) von einer exceptio plurium nicht mehr die Rede ist und b) die Begattung der Mutter durch den anerkennenden Vater vermutet wird[1]).

2. Rechtsfolgen.

§ 66.

I. Das Kind wird nicht, wie bei der Legitimation, in die Familie eingeführt, sondern es tritt nur in eine individuelle Beziehung zum Erzeuger; und nur insofern geht die Kraft des Instituts weiter, als die Vaterschaft sich auch auf die Abkömmlinge des Kindes bezieht. Es ist daher ein Institut der höchst persönlichen Verwandtschaft, ähnlich wie die Adoption, holt aber ihr gegenüber insofern etwas weiter aus, als bei der Adoption zwar das Kind einen Erb- und Pflichtteilanspruch gegen den Vater erwirbt, aber nicht umgekehrt, während die Ehelichkeitserklärung ein gegenseitiges Erb- und Pflichtteilsrecht beider begründet (§ 1737).

II. Der Erzeuger wird zum ehelichen Vater, nicht nur was die elterliche Gewalt betrifft, sondern auch nach anderer Seite hin, so was die Hausstandsbeziehungen (§§ 1617 bis 1619), so was die Einwilligung zu der Ehe, so was die Einwilligung zur Adoption des Kindes angeht (§§ 1305, 1747). Für die elterliche Gewalt gelten die gewöhnlichen Grundsätze: sie kann verwirkt, sie kann gemindert werden (§§ 1666, 1680), sie kann ruhen (§§ 1676f.), sie enthält Personen- und Vermögensgewalt in derselben ausgedehnten Weise, wie die elterliche Gewalt des ehelichen Vaters.

III. Das Kind teilt den Stand, auch den Adel des Vaters[2]).

---

[1]) Vgl. darüber unten S. 355.

[2]) Für Preußen gilt die nach AusfG. weiterbestehende Bestimmung von II 2 § 603 LR.

IV. Das Verhältnis des Kindes zur Mutter und zur mütterlichen Familie wird nicht aufgehoben, aber es erleidet eine wesentliche Abschwächung; während der Vater nunmehr Vaterrechte und vaterrechtliche Personen- und Vermögensgewalt hat, tritt die natürliche Mutter nicht nur in zweite Reihe zurück, sondern sie verliert die Personengewalt vollkommen (§ 1738), denn sie steht nicht wie die eheliche Mutter in Lebensgemeinschaft mit dem Erzeuger, und es geht nicht an, daß sie unter solchen Umständen in die Erziehung hineinspricht. Inwiefern ihr der Umgang mit dem Kinde unter den einen oder anderen Vorsichtsmaßregeln zu gestatten ist, hängt von den Umständen ab: die mütterliche Liebe darf man nicht ertöten, und die Verweigerung kann Mißbrauch des Rechts sein[1]). Im übrigen erlangt sie auch nach dem Tode des Vaters oder bei Beruhen seiner elterlichen Gewalt ihre Rechte nicht zurück, da das Kind gewöhnlich in einer Umgebung aufgewachsen ist, die dem Lebenskreise der Mutter fernsteht. Nur dann findet eine Ausnahme statt, wenn das Kind als eheliches Kind vermögenslos ist und der Unterstützung der Mutter anheimsteht: wenn hier die elterliche Gewalt des Vaters aufhört oder ruht, so erwacht das Verhältnis der Mutter und der mütterlichen Fürsorge zum Kinde wieder, denn dann ist der Lebenskreis des Vaters doch zerrissen (§ 1738).

V. Die uneheliche Mutter verliert auch dauernd diejenigen Mutterrechte, welche ihr abgesehen von der (quasi) elterlichen Gewalt zustehen, also das Recht der Einwilligung zur Eheschließung (§ 1305), der Einwilligung zur Adoption (§ 1747), letzteres jedoch mit Vorbehalt des § 1738 (S. 390).

VI. Obgleich der Vater keine Ehefrau als Mutter des Kindes neben sich hat, so ist er doch, selbst wenn das Kind bereits Vermögen besitzt, nicht verpflichtet, zu inventarisieren (§ 1640); er ist nur verpflichtet, wenn er heiratet, die entsprechende Inventarvorlage zu machen (§§ 1669, 1740).

VII. Die Ehelichkeitserklärung bewirkt ein dauerndes Verhältnis, das nicht aufgehoben werden kann; es kann auch nicht bedingt oder befristet sein (§ 1724). Es kann daher

[1]) Stuttgart 2. Oktober 1911, Recht 16 Nr. 3214.

gegenüber dem Kinde nicht gelöst werden, auch wenn es sich etwa undankbar benimmt oder schlecht ausschlägt. Dem Vater stehen in dieser Beziehung nur dieselben Befugnisse zu wie gegenüber einem jeden ehelichen Kinde: Entziehung des Pflichtteils, Verkümmerung der Unterstützung, und gegenüber der Tochter Versagung der Aussteuer. Auch eine Lösung durch Vertrag ist ausgeschlossen.

VIII. Das Verhältnis tritt mit der Ehelichkeitserklärung ein, es wird nicht etwa auf die Geburt des Kindes zurückdatiert[1]).

3. Begründung.

§ 67.

I. Typisch gehört zum Wesen des Instituts, daß ein Erzeuger das Kind anerkennt und daraufhin die staatliche Ehelichkeitserklärung erwirbt. Was typisch ist, ist aber keine juristische Begrenzung. Die Ehelichkeitserklärung kann in ihrer Wirkung nicht auf den Fall beschränkt werden, daß der anerkennende Vater wirklich der Erzeuger des Kindes ist: die Erzeugerschaft ist nicht so bedeutsam, daß ihr Mangel ein vernichtendes Hindernis wäre.

II. Andererseits kann auch das alte Privilegiensystem nicht mehr gelten, wonach die staatliche Ehelichkeitserklärung wie ein Sondergesetz wirkte und daher alle weiteren Voraussetzungen als unwesentlich zurücktraten; vielmehr gilt folgendes:

Das Grundlegende ist die staatliche Ehelichkeitserklärung, welche gewöhnlich von dem Fürsten selber oder von dem Ministerium ausgeht[2]), und zwar vom Fürsten oder Ministerium desjenigen Bundesstaates, dem der Vater angehört. Diese Erklärung hat nicht etwa rechtspolizeilichen,

---

[1]) Bei einem Leibgedinge erstreckt sich das Wohnungsbenutzungsrecht nicht auf diejenigen Kinder, welche erst nachträglich durch Ehelichkeitserklärung eheliche Kinder geworden sind, Preuß. AusfG. z. BGB. a. 15 § 6.

[2]) In Preußen vom Justizministerium, bei den Adeligen vom König, Verordnung vom 6. November 1899. Das Amtsgericht hat die Sache vorzubereiten, JMV. 14. Dezember 1899. Eine Sollvorschrift ist, daß der Akt am Rande der Geburtsurkunde des Kindes zu erwähnen ist (§ 26 PersStG.).

sondern verwaltungsrechtlichen Charakter; sie kann nach Zweckmäßigkeitsgründen gegeben oder versagt werden, letzteres auch dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vollkommen vorliegen (§ 1734).

III. Diesem Verwaltungsakt aber muß vorhergehen ein Antrag des das Kind anerkennenden Mannes, welcher der notariellen Beurkundung bedarf (§§ 1725, 1730). Dieser Antrag ist das begründende Element. Er bildet ein einseitiges Rechtsgeschäft, bestehend in einer ankunftsbedürftigen Willenserklärung, welche Willenserklärung an die staatliche Behörde gelangen muß und von diesem Momente ihre Bedeutung hat. Die Erklärung ist einseitig, obgleich noch die Einwilligung des Kindes hinzutreten muß, denn Antrag und Einwilligung sind selbständige Akte und schließen sich nicht etwa zu einem Vertrag zusammen, weshalb die Grundsätze des Vertragsrechts hier nicht gelten: dadurch unterscheidet sich die Ehelichkeitserklärung wesentlich von der Ankindung. Nicht nur daß die Erklärungen des Erzeugers und des Kindes in verschiedenen Akten geschehen können, sondern sie stehen auch nicht in dem gegenseitigen Beziehungsverhältnis; wenn z. B. der Erzeuger seinen Antrag gestellt hätte und das Kind, ohne von dem Antrag zu wissen, etwa die Erklärung abgeben würde, daß es mit der Ehelichkeitserklärung einverstanden sei, so wäre der Antrag doch wirksam. Dazu kommt noch, daß die Erklärung des Kindes nicht etwa notwendig gegenüber dem Erzeuger zu erfolgen hat, sondern gegenüber dem Erzeuger oder gegenüber der Behörde geschehen kann (§§ 1726, 1730). Immerhin ist der Antrag auf der einen Seite und die Einwilligung des Kindes auf der anderen Seite wesentlich; fehlt das eine von beiden, so fehlt es an den Voraussetzungen für die gültige Ehelichkeitserklärung.

IV. Der Antrag kann nicht von einem Geschäftsunfähigen ausgehen, und eine Vertretung durch den Vormund des Geschäftsunfähigen ist ausgeschlossen. Dagegen kann, wenn das Kind geschäftsunfähig ist, die Einwilligungserklärung unter obervormundschaftlicher Genehmigung durch den Vormund erfolgen. Durch einen Geschäftsbeschränkten aber kann der Antrag gestellt werden, natürlich mit Zustimmung des Vormundes und der Obervormundschaft, und das Gleiche

gilt von der Einwilligung, wenn das Kind geschäftsbeschränkt ist; nur muß der Geschäftsbeschränkte selber handeln: die Rechtshandlung seines Vormundes würde allein nicht genügen; dies gilt auch für den geschäftsbeschränkten Minderjährigen, sofern er 14 Jahre alt oder, wie das Schweizer Gesetz sagt, urteilsfähig ist: dann kann nicht über seine Einwilligung hinausgegangen werden; vor dem 14. Jahre kann der Vormund auch für den geschäftsbeschränkten Minderjährigen handeln. Immer bedarf der Gewalthaber des Kindes der obervormundschaftlichen Genehmigung (§§ 1728, 1729).

Wie der Antrag, so muß auch die Erklärung des Kindes in notarieller Beurkundung erfolgen (§ 1730).

V. Zu diesen wesentlichen Rechtshandlungen treten einige familienrechtliche und einige soziale Voraussetzungen; familienrechtliche, denn, da die Ehelichkeitserklärung die familienrechtliche Stellung wesentlich ändert, so ist die Einwilligung gewisser im Familienkreis stehender Personen nicht gut zu umgehen.

1. Wenn das Kind noch nicht 21 Jahre alt ist, so ist die Einwilligung der Mutter erforderlich, doch kann diese Einwilligung durch Beschluß der Obervormundschaft ersetzt werden, sofern sie annimmt, daß die Ehelichkeitserklärung zum Vorteil des Kindes gereicht (§§ 1726, 1727). Der Beschluß der Obervormundschaft wirkt mit der Rechtskraft (§ 53 GfG.) und ist daher mit der sofortigen Beschwerde angreifbar (§ 60 Z. 6 ebenda).

2. Wenn der Antragsteller verheiratet ist, so bedarf er der Einwilligung seiner Ehefrau[1]).

Die Einwilligung des einen und anderen hat durch notarielle Urkunde zu erfolgen, entweder dem Antragsteller oder der Antragsbehörde gegenüber, und zwar in unwiderruflicher Weise (§§ 1726, 1730).

Da diese Einwilligungen Familienakte nebensächlicher Art sind, so können sie auch von einem Geschäftsbeschränkten ausgehen, und es kann über sie ganz hinweggesehen werden, wenn die betreffende Person außerstande ist oder an unbe-

[1]) Einwilligung der Ehefrau des Kindes ist nicht vorgesehen (wie in § 1746); daß ein schon verheiratetes Kind auf solche Weise ehelich erklärt wird, kommt allerdings selten vor.

kanntem Orte wohnt. Außerdem ist ihr Mangel nicht ein vernichtendes, sondern nur ein hemmendes Hindernis (§ 1735). Ist daher die Ehelichkeitserklärung ohne diese erfolgt, so steht ihre Gültigkeit nicht in Frage[1]).

VI. Die soziale Bedeutung des Instituts kann auch eine Reihe sozialer Voraussetzungen bedingen; solche sind:

1. Die Ehelichkeitserklärung in bezug auf die adulterini ist in manchen Gesetzen ausgeschlossen, bei uns nicht, wohl aber die Ehelichkeitserklärung eines in blutschänderischem Umgange erzeugten Kindes (§§ 1732, 1310).

2. Ein eheliches Kind kann nicht durch einen Dritten für ehelich erklärt und diesem zugesprochen werden, daher auch nicht ein Kind, das, unehelich geboren, durch nachträgliche Ehe legitimiert worden ist: ein dritter Mann, der als sein Erzeuger auftritt, kann nicht den Frieden der Ehe stören (S. 312).

Der Mangel zu 1 und 2 ist ein vernichtendes Hindernis.

4. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

§ 68.

I. Der wesentlich hervorstechende Akt ist die Ehelichkeitserklärung durch die Behörde. Fehlt diese, so fehlt es überhaupt an dem rechtlichen Akte und liegt ein juristisches Nichts vor. Ist das Kind zur Zeit der Ehelichkeitserklärung bereits tot, dann ist die Ehelichkeitserklärung gleichfalls eine juristische Null; stirbt aber der Vater vorher, so wird zugunsten des Kindes die staatliche Erklärung zurückgerechnet auf die Zeit, in welcher der Antrag gestellt und dadurch eine Bindung des Antragstellers eingetreten ist (§ 1733).

II. Die Ehelichkeitserklärung ist eine Ehelichkeitserklärung nur, wenn sie von der zuständigen Behörde des Staates (Bundesstaates) ausgeht, dem der Vater angehört; eine Ehelichkeitserklärung durch einen anderen Staat wäre bedeutungslos.

III. Ist die Ehelichkeitserklärung durch das richtige Staatsorgan erfolgt, fehlt es aber an dem Antrag, den die Behörde etwa aus Irrtum unterstellt hatte, oder fehlt es an

---

[1]) Über die fehlerhafte Ausdrucksweise des § 1735 vergleiche man, was S. 337 über die Adoption bemerkt wird.

der Einwilligung des Kindes, dann liegt zwar kein juristisches Nichts vor, aber eine nichtige Ehelichkeitserklärung, und es gilt hier wie bei der nichtigen Ehe der Satz: wenn ein Dritter mit dem Vater über Angelegenheiten des Kindes auf Grund der Ehelichkeitserklärung Verträge abgeschlossen, mit ihm Rechtsgeschäfte angeknüpft oder Rechtsstreite begonnen hat, so ist dies alles für den gutgläubigen Dritten wirksam, nicht nur nach Analogie von § 1344 BGB., sondern auch nach Analogie des § 32 GfG.: der Akt der höchsten Staatsbehörde muß doch mindestens ebenso bedeutsam sein und ebenso sehr das Vertrauen der Welt genießen, wie ein Akt des Amtsgerichts in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Eine solche Nichtigkeit liegt auch vor, wenn das Kind ein incestuoses ist oder wenn ihm bereits die Eigenschaft eines ehelichen Kindes zukommt (S. 320).

IV. 1. Ist die Erklärung des Erzeugers oder Kindes anfechtbar, so ist auch damit die ganze Ehelichkeitserklärung anfechtbar (§ 1731). Eine Form der Anfechtung ist nicht vorgeschrieben; es müssen aber hier dieselben Grundsätze wie bei der Adoption gelten und es ist auf das dortige (S. 345) zu verweisen. Die Anfechtung des Antragstellers hat dem Kinde gegenüber zu erfolgen, ebenso die Anfechtung des Kindes dem Vater gegenüber.

2. Die Anfechtung der Einwilligung des Ehegatten oder der Eltern hat nur dann ausschlaggebende Bedeutung, wenn sie vor der Ehelichkeitserklärung erfolgt ist, da der Mangel der Einwilligung ja nur ein hemmendes Hindernis ist.

3. Wurde die Ehelichkeitserklärung mit Erfolg angefochten, so gelten die eben erwähnten Grundsätze des nichtigen Rechtsgeschäfts.

II. Kindschaft durch Ankindung.
(Adoption, Annahme an Kindes Statt.)

(Enzyklopädie II S. 163.)

1. Grundlagen.

§ 69.

I. Künstliche Verwandtschaft ist eine Verwandtschaft, die nicht durch Zeugung oder Geburt, sondern in anderer Weise hergestellt wird, kraft eines Rechtssatzes, der sich

allerdings an sonstige Kulturanschauungen oder Kulturbetätigungen anschließen kann und möglichst anschließen soll[1]). Solche künstliche Verwandtschaft hat es im Laufe der Zeiten vielfach gegeben, z. B. Blutsbrüderschaft, Blutsschwesterschaft, Milchverwandtschaft: von allen diesen Verwandtschaften hat sich bei den Kulturvölkern nur die eine erhalten: nämlich die Ankindung (Adoption), die das BGB. als Annahme an Kindesstatt bezeichnet (also mit drei Worten, wo ein Wort absolut notwendig ist)[2]).

II. Die Ankindung ist bestimmt, das Verhältnis ehelicher Kindschaft ohne physiologische Abstammung zu schaffen: eine solche Kindschaft kann allerdings auch indirekt dadurch entstehen, daß ein Kind im Ehebruch gezeugt wird und der Ehemann sich dagegen nicht verwahrt; allein dies sind Zustände, die das Recht zwar aus gewichtigen Gründen duldet, die es aber nicht mit Absicht schafft[3]).

III. Die Ankindung ist eine der verbreitetsten Einrichtungen im Rechtsleben der Völker, ursprünglich darin begründet, daß an Stelle der physiologischen Abstammung eine mystische Seelenverbindung angenommen wird, welche für die Kindschaft ebenso die Grundlage bildet wie die Abstammung durch das Blut; denn die Seele erscheint den Völkern als das Wesentliche und das Blut nur als Träger der Seele. Auch das altdeutsche Recht kennt die Ankindung in hervorragender Weise: Waffengebung, Haarschur.

IV. Die mystische Verbindung und Seelenvereinigung ist bei uns verschwunden, ebenso wie bei der Ehe: wir behandeln

---

[1]) Die künstliche Verwandtschaft ist ein Begriff, den ich seinerzeit zuerst gebildet habe, damit eine Reihe von Einrichtungen zusammenfassend, die sich im Leben der Völker gestalten. In der vergleichenden Rechtswissenschaft ist dieser Begriff allgemein angenommen worden, in der Dogmatik des Rechts pflegt man die Ankindung systemlos einzuschieben, so daß sie in der Luft hängt und ohne Zusammenhang steht mit der Ordnung der Rechte. Die vergleichende Rechtswissenschaft zu berücksichtigen, dazu pflegt sich die Dogmatik wenig aufzuschwingen.

[2]) Der richtige Name ist: Ankindung; dazu Wahlvater und Wahlkind. Auch der Ausdruck Adoption kann daneben gebraucht werden.

[3]) Weiberdorf! Sparta!

die Ankindung wie die Ehe als Vertrag, jedoch nehmen auch wir an, daß sie bestimmungsmäßig nicht bloß der Ausfluß vertragsmäßiger Betätigung sein soll, sondern eine Vereinigung der Liebe, die sich, ähnlich wie die Elternliebe gegenüber dem leiblichen Kinde, in Fürsorge und Aufopferung äußert. Das Ankindungsverhältnis bleibt also auch bei uns ein Familienverhältnis, woraus von selbst folgt, daß es unbedingt und unbefristet sein muß (§ 1742), denn das Familienverhältnis soll die ganze Person, nicht bloß ihre vorübergehenden Bestrebungen erfassen. Dies steht einer späteren Lösung des Verhältnisses nicht entgegen; nur erfolgt die Lösung durch einen neuen entscheidenden Akt: sie kann nicht als ursprüngliches Element in dem Verhältnis selbst aufgenommen werden.

V. Die Ankindung wird häufig durch Vermittler betrieben. Die gewerbsmäßige Vermittlung ist ebenso dem sittlichen Bewußtsein widersprechend wie die gewerbliche Vermittlung der Ehe, ein Makellohn-Vertrag ist daher ungültig.

Ebenso ist auch ein Kaufvertrag: Abkauf eines Kindes gegen ein Kaufgeld, unwürdig und dem Wesen der Ankindung widersprechend; zulässig ist es natürlich, der Familie, welcher das Kind auf solche Weise entzogen wird, eine gewisse Genugtuung zu gewähren; allein dies darf nicht in einen Kaufvertrag ausarten, und es ist jeweils Frage des einzelnen Falles, ob eine derartige Vereinbarung sich noch in den Grenzen des ethischen Lebens bewegt, oder nicht. Auch ein Vertrag de adoptando ist ebensowenig bindend wie ein Vertrag de maritando, denn hier muß natürlich einem jeden der freie Wille bis zum entscheidenden Schritte gewahrt bleiben.

Neuerdings haben sich in anerkennenswerter Weise Kinderrettungsvereine gebildet, welche im selbstlosen Interesse der Kinder die Ankindung fördern.

VI. Die Ankindung kann auch gegenüber verwandten Personen geschehen, doch nicht gegenüber Personen, deren Verwandschaftsbeziehungen einem Kindesverhältnis widerstrebt, so daß ein unleidliches Mißverhältnis entstünde: Kinder können nicht Eltern, Ehegatten nicht Ehegatten,

aber auch Eltern nicht ihre ehelichen Kinder ankinden; dagegen kann

1. der Großvater den Enkel, der Onkel den Neffen,

2. der uneheliche Vater oder die uneheliche Mutter das uneheliche Kind adoptieren[1]).

VII. Die Ankindung konnte in den vaterrechtlichen Zeiten nur durch den Vater, sie kann heutzutage auch durch die Mutter geschehen (so schon seit Diokletian), heutzutage um so mehr, als auch der leiblichen Mutter elterliche Rechte zustehen und daher auch die Adoptivmutter wirkliche Elternrechte erwirbt.

VIII. Geschichtlich kann sich das Verhältnis zu einem vollen Kindes- und Elternverhältnis gestalten. In diesem Falle ist die Ankindung eine Volladoption, wie sie sich in unzähligen Rechten findet. Sie hatte aber, da man nicht gut zweien Herren dienen kann, zur Folge, daß der Angekindete aus seiner Familie ausschied. Diese energische Folge wollte eine schlaffe spätere Zeit ablehnen, um so mehr, als die mystische Idee, welche die Adoption gefestigt hatte, allmählich gebrochen wurde. Das Institut wurde zu einer Halbheit, ebenso wie die Pflegevaterschaft germanischer und keltischer Völker, und das byzantinische Recht hat der Folgezeit die Richte gegeben: die Adoption wurde zu einer unvollkommenen, zu einer adoptio minus plena in der Art, daß das Kind die Beziehungen zur leiblichen Familie nur soweit löst, als absolut erforderlich ist, und daß zu diesen leiblichen Beziehungen die Beziehung zur Adoptionsfamilie hinzutritt; daraus können sich Zusammenstöße ergeben, die in der einen oder anderen Weise begütigt werden müssen. Einen befriedigenden Charakter trägt die unvollkommene Adoption nicht[2]); dies zeigt sich auch noch in folgendem:

IX. Die Ankindung bewirkt ursprünglich eine Beziehung zur ganzen Ankindungsfamilie, d. h. in der patriarchalen Zeit eine solche zur Agnatenfamilie. Dies hat sich ge-

---

[1]) Vgl. über diese alte Frage und ihre Literatur Enzyklopädie II S. 164.

[2]) Sie findet sich als kritrima Adoption auch im indischen Rechte, aber nur als Ausnahme.

ändert. Die Ankindung soll auf die zwei Beteiligten beschränkt sein und bloß ein Verhältnis zwischen Kind und Elternteil schaffen; nur zugunsten der Abkömmlinge des Kindes macht man eine Ausnahme: diese können in die Adoption einbegriffen werden.

X. Ist auf solche Weise die Ankindung persönlich beengt und wird das Kind im übrigen seiner leiblichen Familie belassen, so ist es nur eine weitere Folgeerscheinung, daß man die Rechte des ankindenden Elternteils möglichst auf die Erziehungsrechte und, was dazu gehört, beschränkt: dem Kinde aber pflegt man trotzdem die vollen Erbrechte gegen den Wahlvater zuzugestehen, denn es soll die Gewähr haben, auch nach des Wahlvaters Tode in den Lebensverhältnissen, in denen es erzogen worden ist, weiterleben zu können; es soll nicht befürchten müssen, daß ihm nach des Wahlvaters Tode die Pforte des Hauses, in dem er sich früher behaglich gefühlt hat, verschlossen wird. Die Folge ist: einseitiges Erb- und Pflichtteilsrecht des Kindes, kein Erbrecht des Wahlvaters.

XI. Die Ankindung eines Kindes durch mehrere Wahleltern und die Ankindung mehrerer Kinder durch dieselben Wahleltern in der Art, daß die ganze Ankindung als Einheit erscheint, heißt kombinierte Ankindung.

Hiervon gilt folgendes:

1. Die Ankindung, welche das Wahlkind nur mit dem Wahlvater verknüpft, ist mißlich: sie gibt dem Kind einen Vater, aber keine Familie. Besonders mißlich ist es aber, wenn die Ankindung durch einen einzelnen Ehegatten ohne den anderen erfolgt, so daß das Kind zum Vater Vater, zur Ehefrau des Vaters nicht Mutter sagen kann, so daß also eine Stiefschaft künstlich geschaffen wird, ja weniger als eine Stiefschaft, indem das Kind in einem solchen Falle zum Ehegatten des Ankindenden in gar keinem Verhältnis, also auch nicht im Verhältnis eines Stiefkindes stehen soll (§ 1763 BGB.)! Dies macht einen Einschnitt in die Familie, und das Kind erlangt eine schlimme Zwitterstellung. Darum hat man die Möglichkeit geschaffen, eine Ankindung durch beide Ehegatten zu bewirken, in welchem Falle die Ankindung durch beide Ehegatten als eine Einheit erscheint; auch kann zur einseitigen Ankindung des einen Ehegatten die des anderen

nachträglich hinzutreten: Anschlußankindung, welche gleichfalls eine kombinierte Ankindung ist (§§ 1749, 1768 BGB.). Die einseitige Ankindung hat hier nur dann einen Sinn, wenn die beiden Ehegatten getrennt leben und der eine sich etwa in der Liebe zu einem Kinde für die Störungen der Ehe trösten möchte, oder wenn der zweite Ehegatte die Kinder erster Ehe annimmt: Zusatzankindung (§§ 1306, 1899); sonst ist sie bei Ehegatten eine Unnatur (vgl. §§ 1746, 1749 BGB., § 266 Schweizer ZGB.).

Eine noch viel größere Unnatur wäre es, wenn umgekehrt sonstige zwei Personen desselben oder verschiedenen Geschlechts ein Kind annehmen wollten; auch die freie Liebe in ihrer jetzigen Entwicklung kann sich nicht in der Art äußern, daß die beiden Zusammenlebenden ein Kind als Wahlkind annehmen: hier ist ein Ziehkind, aber kein Wahlkind möglich.

2. Eine kombinierte Ankindung in passivem Sinn ist nur möglich, wenn das Kind mit seinen bereits vorhandenen Abkömmlingen angekindet wird, während wenn dem Wahlkinde nachträglich Abkömmlinge geboren werden, diese von selber in die einfache Ankindung fallen; beides gilt

a) von den ehelichen Abkömmlingen, wenn der Angekindete ein Mann,

b) und von den ehelichen und unehelichen Abkömmlingen, wenn der Angekindete eine Frau ist, nicht aber

c) von den Kindern, welche das Wahlkind seinerseits als Wahlkind annimmt, § 1762.

3. Wenn man dagegen zwei Personen als Geschwister annimmt, so kann dies nur durch zwei selbständige Ankindungen geschehen: eine Vereinigung findet hier nicht statt. Die eine Ankindung ist von der anderen unabhängig.

4. Die Folge einer kombinierten Ankindung ist: die Ankindung kann nur im ganzen bestehen oder fallen; daher kann sie durch Aufhebungsvertrag nur dann aufgehoben werden, wenn alle Beteiligten übereinstimmen; eine Aufhebung zum Teil, also für den einen, nicht für den anderen der Beteiligten, ist unmöglich, auch wenn sämtliche, die es angeht, damit einverstanden sein sollten. Ist natürlich der

eine oder der andere der Beteiligten durch Tod oder Todeserklärung weggefallen, dann beschränkt sich das Verhältnis von selbst auf die Zurückbleibenden, und die verbundene Ankindung wird zur einfachen (§§ 1768, 1769). Vgl. Schweizer ZGB. §§ 266, 269.

2. Charakter und Rechtsfolgen.

§ 70.

I. Die Ankindung des heutigen Rechts ist also die Begründung einer künstlichen Verwandtschaft zwischen einer Person als Wahlvater und einer Person als Wahlkind in der Art:

1. das Kind verbleibt möglichst in der leiblichen Familie,

2. die Beziehungen zwischen Wahlvater und Wahlkind bestehen in einer Weise, welche ausschließlich dem Interesse des Angekindeten dienen, welche sich aber möglichst auch auf die Abkömmlinge des Wahlkindes miterstrecken sollen.

II. Daraus ergeben sich folgende Einzelheiten.

1. Der Wahlvater erlangt Elternrechte an der Person des Wahlkindes, also das Recht der Erziehung einschließlich dem Rechte, die religiöse Ausbildung zu bestimmen, und neben den Erziehungsrechten, die mit der Volljährigkeit aufhören, auch die Rechte gegen den Volljährigen, die aus den gemeinsamen Lebensverhältnissen erwachsen (§§ 1618f.), sowie die Befugnis der Einwilligung zur Eheschließung (§ 1306). Er ist auch berechtigt, für die Zeit nach seinem Tode einen Vormund zu benennen mit der gewöhnlichen Folge; er ist ebenso berechtigt, einen Vormund auszuschließen, über befreite Vormundschaft und über Familienrat Bestimmung zu treffen (§§ 1776f., 1858f., 1852f.). Er ist auch regelmäßig selber als Vormund zu ernennen, wenn das volljährige Wahlkind entmündigt wird (§ 1899)[1].

2. Der Wahlvater hat das alleinige Erziehungsrecht und hat daher auch über den Verkehr des Kindes zu bestimmen. Er kann mithin verbieten, daß das Kind mit den leiblichen Eltern, z. B. mit der unehelichen Mutter, verkehrt; doch wird man auch hier den Grundsatz aufstellen müssen, daß dieses

---

[1]) Bei Zusatzankindung kommen natürlich die normalen Elternverhältnisse zur Geltung (§§ 1306, 1899 BGB.).

Verbot einen vernünftigen Hintergrund haben muß: das Gegenteil wäre nicht Recht, sondern Mißbrauch des Rechts[1]).

3. Das Kind folgt dem Aufenthalt des Wahlvaters und teilt seinen Unterstützungswohnsitz (§ 18 UnterstWGes.).

4. Der Wahlvater hat gegenüber dem minderjährigen unverheirateten Kinde vor den leiblichen Eltern die Unterhaltspflicht; er hat auch gegenüber dem Kinde in sonstigen Fällen die elterliche Unterstützungspflicht in der gleichen Weise wie ein leiblicher Elternteil, auch mit dem Rechte, zukommendenfalls die Unterstützung zur notdürftigen Unterstützung herabzumildern (§§ 1766, 1611). Erst in zweiter Linie kommt die Unterstützungspflicht der leiblichen Eltern, aber unter voller Anerkennung der elterlichen Gewalt des Wahlvaters. Die leiblichen Eltern haben daher nicht etwa das Recht, das Kind, statt es zu unterstützen, in eigene Erziehung zu nehmen, außer in einem noch zu erwähnenden Falle.

5. Der Wahlvater hat auch die Befugnis, das Kind zu verteidigen: er hat das Recht, einen Strafantrag wegen Beleidigung des Kindes zu stellen, im Falle seiner strafgerichtlichen Verfolgung als Beistand aufzutreten und im Fall der Verurteilung Rechtsmittel einzulegen (§§ 137, 149, 340 StPO.). Vgl. unten S. 424.

6. Der Wahlvater erlangt am Vermögen des Wahlkindes die gewöhnlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechte, denn diese stehen mit dem ganzen Gewalts- und Erziehungswesen im Zusammenhang; doch gilt folgendes:

a) der Wahlvater hat über das Vermögen des Kindes ein Inventar aufzunehmen, und zwar auch dann, wenn zwei Ehegatten ein Kind adoptieren, während bei einem leiblichen Kinde diese Inventarisierung nur dann erforderlich ist, wenn der eine Elternteil allein steht (§§ 1760, 1640). Die Inventur ist eine Elterninventur, keine Erbinventur; es gelten daher die Grundsätze des Elternrechts. Sie untersteht der Kontrolle der Obervormundschaft (§§ 1760, 1640).

b) Die Nutznießungs-, nicht auch die Vermögensverwaltung kann durch Ankindungsvertrag ausgeschlossen werden mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß die Einkünfte weit

[1]) RG. 12. Juli 1906, Entsch. 44 S. 47 (und JZ. 11 S. 1205), KG. 11. April 1907, M. 16 S. 23 (und JZ. 13 S. 252).

über die Bedürfnisse des Kindes hinausgehen und dann zur Bereicherung des Wahlvaters führen würden; aber auch mit Rücksicht darauf, daß vielleicht der Wahlvater freiwillig die ganzen Kosten der Erziehung des Kindes selber übernehmen will (§ 1767 BGB.).

III. Die Rechte des Wahlvaters am Vermögen des Kindes stehen, wenn eine Frau allein ankindet, ihr zu nach den Regeln der mütterlichen Gewalt, insbesondere auch in der Art, daß das Gericht ihr einen Beistand zuordnen darf, welchem auf Antrag der Mutter die ganze Vermögensverwaltung überlassen werden kann (§§ 1687, 1693 BGB.).

IV. Der Verlust, das Ruhen, die Verwirkung der elterlichen Gewalt richten sich nach den Grundsätzen der normalen Elterngewalt. Ein besonderer Fall des Mißbrauchs, welcher die Aufhebung der elterlichen Gewalt bewirkt, ist folgender: die gültige Ehe mit dem Wahlkind hat die Aufhebung des Wahlvaterverhältnisses, die ungültige Ehe mit ihm hat die Verwirkung der elterlichen Gewalt zur Folge (§ 1771)[1]).

V. Die leiblichen Eltern verlieren die elterliche Gewalt mit allen Erziehungsrechten und mit allen Rechten in bezug auf Person und Vermögen. Ist das Kind ein uneheliches, so hört die Vormundschaft auf und die Mutter verliert Recht und Pflicht der Personenfürsorge (§ 1765).

Der Wahlvater verdrängt daher den leiblichen Vater, aber nicht nur ihn, sondern auch die leibliche Mutter; dies auch dann, wenn er etwa ohne seine Ehefrau das Kind annimmt, denn Adoptivvaterschaft und leibliche Mutterschaft passen nicht zusammen; außer im Fall der Zusatzankindung, die auch hier auszunehmen ist (S. 326, 327).

VI. Soweit aber das Verhältnis des Wahlvaters nicht einwirkt, bleibt die Stellung zu den leiblichen Verwandten bestehen. Daher

1. verbleibt das gegenseitige Erbrecht, denn das Erbrecht des Kindes gegenüber dem Wahlvater steht seinem Erbrecht gegenüber dem leiblichen Vater nicht im Wege: das

---

[1]) Vgl. auch Schweizer ZGB. §§ 100, 129, 283, 285.

Wahlkind hat eben jetzt mehrfach Erbanwartschaften, die einander nicht stören; und da umgekehrt der Wahlvater kein Erbrecht gegen das Kind hat, so wird das Erbrecht der leiblichen Verwandten nicht beeinträchtigt. Das Erbrecht des Wahlkindes in der leiblichen Familie bleibt ein Erbrecht mit Pflichtteilsrecht, soweit ein solches begründet ist.

2. Die Staatsangehörigkeit des Kindes wird durch die Ankindung nicht berührt (§§ 3 und 17 StaatsangehG.).

3. Die Fürsorge der leiblichen Eltern tritt nicht etwa dann wieder ein, wenn die Fürsorge des Wahlvaters ruht oder erlischt, denn die Pflege und Erziehung des Kindes hat das Vermögen des Wahlvaters zum Hintergrund, und das Ankindungsverhältnis bleibt daher, als durch das Vermögen gestützt, bestehen. Nur dann ist es anders, wenn der Wahlvater vermögenslos wird und dem Kinde nicht mehr die standesgemäßen Zuwendungen reichen kann, so daß hierfür die leiblichen Eltern eintreten müssen. Jetzt ist kein Grund mehr vorhanden, die Fürsorge der leiblichen Eltern hintanzuhalten, um so mehr als hier der Unterhalt häufig nur in der Art der Naturalleistung gewährt werden kann (§§ 1612, 1765)[1]. Die Fürsorge der leiblichen Eltern soll dann aber nur eine tatsächliche Fürsorge ohne die Möglichkeit des rechtlichen Auftretens sein, welches dem etwaigen Vormund oder Pfleger zu überlassen ist (§§ 1765, 1678, 1773 BGB.).

4. Ist jemand als Erzeuger eines unehelichen Kindes zur Unterhaltsleistung verpflichtet, so hört von dem Augenblick der Ankindung seine Pflicht auf, denn das Kind steht jetzt in der elterlichen Gewalt des Wahlvaters, und die elterliche Gewalt schneidet die Beziehungen zum natürlichen Erzeuger ab, allerdings nur, solange sie besteht. Die Beziehung zum Erzeuger erwacht wieder,

a) wenn die Ankindung durch Vertrag aufgehoben wird, denn nun treten alle familienrechtlichen und quasifamilienrechtlichen Verhältnisse wieder ein, wie sie vor der Ankindung bestanden haben;

b) aber auch, wenn die Ankindung noch gilt, wenn aber der Wahlvater nicht imstande ist, das Kind zu erhalten;

---

[1]) Dies ist auch nach Schweizerischem Gesetz § 268 anzunehmen.

in diesem Fall treten in zweiter Reihe die sonstigen Unterhaltspflichten ein, hier also auch die anomale Unterhaltspflicht des außerehelichen Erzeugers.

VII. 1. Das Namenrecht ist wie in anderen Ländern in der Art geregelt, daß das Wahlkind den Namen des Wahlvaters annimmt, jedoch mit der Möglichkeit der Beifügung des früheren Namens, welche Möglichkeit durch den Ankindungsvertrag beschränkt oder aufgehoben werden kann (§ 1758 BGB., § 268 Schweizer ZGB.). Den ursprünglichen Namen nicht beizufügen, kann ein bedeutsames Familieninteresse bestehen; wie, wenn jemand das Kind eines Mörders oder Selbstmörders annimmt? Ist die Beifügung des ursprünglichen Namens nicht ausgeschlossen, so ist sie doch freiwillig, nicht notwendig; die notwendige Beifügung kann nicht bedungen werden, es kann auch nicht bedungen werden, daß der ursprüngliche Name an erster Stelle stehe oder gar den Adoptivnamen verdrängen soll. Dies wäre gegen den ganzen Geist des Instituts, welches nicht gestattet, daß sich eine Kluft zwischen dem Wahlkind und dem Wahlvater auftue.

Daß, wenn die Ankindung nur durch die Ehefrau erfolgt, das Kind nicht den Namen des Ehemannes, sondern den Familiennamen der Mutter annimmt, versteht sich von selbst, denn die Frau verliert ihren Familiennamen nicht und trägt ihn überall da, wo ihr Verhältnis als Ehefrau nicht hervortritt (§ 1758 BGB., oben S. 56).

Ist das Kind Träger einer Firma, so kann diese natürlich, obgleich das Kind den anderen Namen annimmt, nach gewöhnlichen Grundsätzen weitergeführt werden (§ 21 HandGB.).

Daß das von einem Adligen angenommene Kind zwar den Namen des Wahlvaters als bürgerlichen Namen, nicht aber den Adel und den adligen Namen erwirbt, sofern ihm nicht der Adel kraft Adelsrecht zuteil wird, ergibt sich aus dem Obigen (S. 29), ebenso daß das von einem Bürgerlichen angenommene Kind seinen Adel und daher auch seinen Adelsnamen behält, den es mit dem bürgerlichen Namen seines Wahlvaters verbinden kann.

Im übrigen gelten die besonderen Grundsätze über den Erwerb und Verlust des Adels[1]).

2. Der Name, den das Kind hiernach erwirbt, ist nunmehr sein Name, der ursprüngliche Name ist verdrängt: es ist nicht wie bei der Ehefrau, welche neben dem Namen des Mannes ihren eigenen Namen behält. Wenn also z. B. ein angekindetes Mädchen sich verheiratet und nach der Ehescheidung ihren Mädchennamen wieder annimmt, so ist der Mädchenname der Adoptivname, nicht der Name, den sie vor der Ankindung getragen hat[2]).

VIII. Das Erbrecht des Kindes gegenüber dem Wahlvater ist das Erbrecht eines ehelichen Kindes mit Pflichten und Rechten, namentlich mit der etwaigen Einwurfspflicht, mit der Möglichkeit der Enterbung im Falle von Enterbungsgründen, mit der Möglichkeit der Anfechtung des Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit und mit der Befugnis des Erblassers, die Auseinandersetzungsverhältnisse zu bestimmen (§ 2048); jedoch:

1. Das Erbrecht ist nur ein einseitiges Erbrecht des Kindes: der Wahlvater erlangt kein Erbrecht und ihm kann auch ein solches durch Ankindungsvertrag nicht gewährt werden (§§ 1759, 1767 BGB.)[3]).

2. Das Erbrecht des Kindes kann durch Ankindungsvertrag ganz oder teilweise ausgeschlossen, und so kann insbesondere auch bestimmt werden, daß dem Kinde ein Erbrecht, aber kein Pflichtteilsrecht zukommen solle (§ 1767 BGB.). Dagegen kann es nicht erweitert, der Pflichtteil nicht vergrößert, die Möglichkeit der Enterbung nicht aufgehoben werden.

3. Entstehung.

§ 71.

I. Die Ankindung erfolgt durch Familienvertrag, der die Eigentümlichkeit anderer Familienverträge hat:

1. er hat besondere persönliche Voraussetzungen;

---

[1]) Über Preuß. Recht vgl. die nach dem AusfG. fortbestehenden Bestimmungen von II 2 §§ 684, 685 LR.

[2]) KG. 27. September 1912, Joh. 45 Nr. 19.

[3]) Anders Schweizer ZGB. § 268.

2. er hat soziale Voraussetzungen, denn die Ankindung wirkt tief in die Lebensverhältnisse ein;

3. er hat Voraussetzungen mit Rücksicht auf dritte Personen, denn das Familienverhältnis wirkt auf dritte Personen ein.

Diese Voraussetzungen können sich so gestalten, daß ihr Mangel ein vernichtendes oder nur ein aufschiebendes Hindernis bildet.

4. er bedarf besonderer Form;

5. er bedarf der bestätigenden Mitwirkung einer obrigkeitlichen Person, einer Behörde.

II. Zu 1 gilt folgendes:

Die Ankindung ist ein Familienvertrag, bei welchem der Eigenwille besonders bedeutsam ist. Daher:

1. Die Ankindung durch einen Geschäftsunfähigen ist ausgeschlossen: das Vaterverhältnis wird niemandem aufgedrungen; ein Geschäftsbeschränkter aber kann ankinden mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters unter Genehmigung der Obervormundschaft (§ 1751).

2. Die Ankindung eines Geschäftsunfähigen ist nicht ausgeschlossen und kann nicht ausgeschlossen werden. Ist namentlich das Kind noch nicht urteilsfähig, so darf die Ankindung erfolgen, indem sein Gewalthaber für es stellvertretend handelt; dies um so mehr, als ja gerade die Ankindung in früheren Jahren besonders empfehlenswert ist und die Möglichkeit gewährt, das Kind seelisch mit der Ankindungsfamilie zu verknüpfen. Ist aber das Kind urteilsfähig, so soll ihm nicht ein Wahlvater aufgedrängt werden (wie es das Schweizer ZGB. a. 265 treffend ausdrückt); es bedarf seiner eigenen Erklärung; als urteilsfähig gilt der Minderjährige von 14 Jahren (§ 1750 BGB.). Zu seiner Erklärung muß allerdings die Zustimmung des Gewalthabers hinzutreten.

Die Ankindung eines volljährigen Geschäftsunfähigen gestattet das Schweizer ZGB. § 265 ohne weiteres, das BGB. gestattet sie nach dem Wortlaut nicht, das Gesetz ist aber nach dieser Seite hin vernünftig auszudehnen: es wäre nicht nur eine Härte, sondern eine völlige Sinnwidrigkeit, wenn

man einem solchen Menschen, den eine Familie aus irgendeinem Grunde in ihren Schutz nehmen will, die Wohltat der Ankindung entzöge.

Wo immer aber ein Gewalthaber handelt, bedarf er der Genehmigung der Obervormundschaft. Diese hat die Ankindung nach allen Seiten zu prüfen, ob sie dem Kinde vorteilhaft, ob das Kind in seinen seelischen und wirtschaftlichen Interessen bei dem Wahlvater gut geborgen ist[1]).

3. Im übrigen sind diese Voraussetzungen durchgreifend: ihr Mangel begründet ein vernichtendes Hindernis.

III. Aber nicht nur Persönlichkeitselemente, sondern auch soziale Elemente treten hervor:

a) Der Wahlvater soll regelmäßig ein Alter von mindestens 50 Jahren haben; der Gedanke ist: Kinder soll man regelmäßig zeugen und gebären, nicht ankinden. Doch ist Dispens möglich, und zwar durch den Bundesstaat, dem der Wahlvater angehört (§ 1745), in Preußen durch den Justizminister[2]).

Das Schweizer Zivilgesetzbuch bestimmt für den Wahlvater das Alter von 40 Jahren, ebenso der ungarische Entwurf. Dies ist zutreffender als die deutsche Bestimmung; denn, wer ein Kind annimmt, will es in der Art zu seinem Kinde haben, daß er in seinen besten Jahren es noch erziehen und daß er in den Grenzen seines gedeihlichen Menschenlebens ihm zu einer vollen Existenz verhelfen kann. Nun kann man mit 50 Jahren ein zehn- oder fünfzehnjähriges Kind annehmen, allein empfehlenswerter ist es, Kinder zarten Alters zu adoptieren, denen man von Anfang an die Elternliebe widmet und die man in seinem Sinne zu erziehen und auszubilden versucht. Nimmt man aber im Alter von 50 Jahren etwa ein Kind von einem Jahre an, so muß man schon über 70 Jahre erreichen, bis das Kind volljährig wird, und einem volljährigen Kinde möchte man doch noch einige Jahre lang gewisse Richtlinien für das Leben geben.

---

[1]) Sie hat sie also nicht zu gestatten, wenn die Ankindung nur mißbräuchlich, um des Namenwechsels willen, geschieht, KG. 15. März 1906, M. 12 S. 347. Vgl. unten S. 340, 346.

[2]) Preuß. Verordnung 16. November 1899 a. 14.

Daher wird bei uns von jenem Dispens ziemlich häufig Gebrauch gemacht. Hierbei muß der Minister die Angelegenheit nach allen Seiten prüfen, insbesondere ermessen, ob die Aussicht auf leibliche Kindschaft wahrscheinlich ausgeschlossen ist, und er kann auch ermessen, ob der Wahlvater eine Persönlichkeit ist, welche eine gedeihliche Pflege und Erziehung des Wahlkindes gewährleistet. In diesem Falle kann also von seiten der Obrigkeit eine Prüfung der individuellen Sachlage stattfinden, welche sonst nach dem Gesetze ausgeschlossen ist.

b) Kraft des Charakters des Ankindungsverhältnisses gilt der Grundsatz: Der Wahlvater soll mindestens 18 Jahre älter sein als das Kind; denn ein wirkliches Eltern- und Kindesverhältnis wird bei einem geringeren Altersunterschied kaum eintreten. Allerdings läßt diese Bestimmung Ausnahmen zu, und das Bürgerliche Gesetzbuch gibt die Möglichkeit des Dispenses mit der merkwürdigen Bescheidung, daß der Ankindende jedenfalls volljährig sein müsse (§ 1745 BGB.), so daß die Ungeheuerlichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß eine 32jährige Dame einen 25jährigen jungen Mann adoptiert; hoffentlich werden nicht etwa aus Versehen solche Dinge vorkommen!

c) Die Voraussetzung zu b ist wie die Voraussetzung zu a durchgreifend; ihr Mangel begründet ein vernichtendes Hindernis, was allerdings nicht ausschließt, daß die Nichtigkeit geheilt wird, wenn der Dispens nachfolgt[1]).

IV. Was 3. die Beziehungen zu andern Personen betrifft, so gilt folgendes:

1. Maßgebend sind einmal die Beziehungen des Wahlvaters zu seinen ehelichen Kindern: wer eheliche Kinder hat, soll nicht ankinden, er soll seinen Kindern keinen nichtleiblichen Familiengenossen aufdrängen (§ 1741). Dagegen kann, wer angekindete Kinder hat, weiter ankinden: diese sind selbst nur künstlich in die Familie aufgenommen (§ 1743). Auch sollen später entstehende leibliche Kinder der Stellung des Wahlkindes nicht schaden, auch nicht solche Kinder, welche früher als uneheliche Kinder vorhanden, durch spätere

---

[1]) KG. 12. Juni 1908, M. 18 S. 292.

Ehe legitimiert und zu ehelichen Kindern geworden sind: die Stellung des Adoptivkindes soll nicht nachträglich erschüttert werden.

Ein für tot erklärtes Kind steht ebenfalls nicht im Wege, auch dann nicht, wenn es in der Tat noch lebt und sein Leben nachträglich ermittelt wurde, da eine Todeserklärung für die Rechtsgeschäfte des Familienrechts eine endgültige Wirkung haben muß; denn diese können nicht wie Vermögensverhältnisse in Schwebe bleiben; auch widerspräche eine doppelte Rechtsordnung der tiefeindringlichen Art des Familienverhältnisses (Lehrb. I S. 296).

Auch diese Bedingung ist durchgreifend, ihr Mangel begründet ein vernichtendes Hindernis.

2. Sodann gilt weiter folgendes:

a) Der Wahlvater bedarf der Zustimmung seines Ehegatten, was bei der tiefen Wirkung für das Familienleben keiner weiteren Begründung bedarf, so § 1746, und ebenso soll, wer verheiratet ist, sich nur mit Zustimmung seines Ehegatten ankinden lassen (§ 1746); beides natürlich, solange die Ehe nicht gelöst ist: die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hat nicht diese Bedeutung, weil die Ehegatten sich jederzeit wieder vereinigen können.

Wer noch nicht 21 Jahre alt ist, bedarf, auch wenn er für volljährig erklärt ist, der Einwilligung beider Eltern bzw. der unehelichen Mutter (§ 1747), und zwar der Eltern ohne Rücksicht darauf, ob sie Träger der elterlichen Gewalt sind oder nicht.

b) Diese Einwilligung ist eine Rechtshandlung des Familienrechts, aber sie ist nebensächlicher Natur. Daher

α) sie kann nur persönlich, nicht durch Stellvertreter erfolgen (§ 1748); ist der zu Befragende geschäftsunfähig oder ist er nicht zu erreichen, so wird darüber hinweggesehen;

β) sie kann auch durch einen Geschäftsbeschränkten erfolgen ohne Zustimmung des Gewalthabers;

γ) sie kann erfolgen gegenüber einem der Vertragsgenossen oder gegenüber der maßgebenden Behörde;

δ) sie hat in notarieller Beurkundung zu erfolgen;

ε) sie ist, wenn erteilt, endgültig (§ 1748);

η) ihr Mangel aber bildet nur ein aufschiebendes Hindernis[1]).

Ist allerdings der Wahlvater ein Ausländer, das Kind ein Inländer, dann ist die Zustimmung nicht nur des Wahlkindes, sondern auch seines Elternteiles und des Ehegatten von gesteigerter Bedeutung: das Hindernis ist hier ein trennendes und der Mangel bewirkt Nichtigkeit (a. 22 BGB.).

V. Von der elterlichen und ehegattlichen Einwilligung gilt noch folgendes:

1. die elterliche Einwilligung kann hier nicht wie im Falle der §§ 1308, 1727 durch die Obervormundschaft ersetzt werden.

2. Da die elterliche Einwilligung nicht ein Ausfluß der elterlichen Gewalt, sondern des angeborenen Elternverhältnisses ist, so haben die leiblichen Eltern nicht etwa bloß zur ersten, sondern auch zur zweiten und jeder folgenden Ankindung ihre Zustimmung zu geben, falls etwa die erste Ankindung durch Tod des Wahlvaters gelöst sein sollte[2]) (S. 390).

VI. Was die Form betrifft, so gilt folgendes:

1. Der Ankindungsvertrag ist ein feierlicher Familienvertrag vor Gericht oder Notar mit gleichzeitiger Anwesen-

---

[1]) Daß der Mangel dieser Einwilligung bloß ein aufschiebendes Hindernis ist, hat das BGB. in § 1756 in folgender Weise ausgedrückt:

„Auf die Wirksamkeit der Annahme an Kindes Statt ist es ohne Einfluß, wenn bei der Bestätigung des Annahmevertrages mit Unrecht angenommen worden ist, daß eine der in den §§ 1746, 1747 bezeichneten Personen zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt sei.“

Da man unterstellen muß, daß der bestätigende Amtsrichter das BGB. liest und beachtet, so wird ein solcher Mangel allerdings meist in der Art vorkommen, daß das Gericht annimmt, daß diese Personen unbekannt sind oder sich nicht erklären können. Aber auch wenn etwa der Amtsrichter glaubt, daß der Ehegatte gestorben ist oder daß das Wahlkind unverheiratet ist, muß gewiß das gleiche gelten, oder wenn er annimmt, daß der Elternteil im Irrenhaus schon gestorben ist, während er dort im Delirium lebt. Schließlich auch, wenn ein Amtsrichter die ganzen §§ 1746, 1747 übersähe. Warum soll hier die Ankindung mehr darunter leiden als sonst?

[2]) KG. 28. März 1904, M. 8 S. 358.

heit beider Teile und entsprechend mit gleichzeitigen Antrags- und Annahmeerklärungen (§ 1750).

2. Der Vertrag ist mit Abschluß bindend, dagegen noch nicht wirksam; seine Rechtswirkung tritt erst ein mit rechtspolizeilicher Bestätigung: mit dem Vertrag entsteht eine Rechtslage, mit der Bestätigung ein Recht. Der Vertrag kann bedingt oder befristet sein; seine rechtspolizeiliche Bestätigung aber kann er erst nach Eintritt von Frist und Bedingungen erlangen (§ 1742): die Rechtslage kann schweben, das Recht aber kann nur ein festes und unbedingtes sein.

3. Die Ankindung kann nur unter Lebenden, nicht unter Toten zur Wirksamkeit gelangen. Nur das ist möglich, daß wenn sie unter Lebenden abgeschlossen worden ist, ihre Wirkungen bei den Hinterbliebenen beginnen. Allerdings

a) regelmäßig wird der Ankindungsvertrag nicht wirksam, wenn die eine Vertragspartei vor der rechtspolizeilichen Bestätigung stirbt; jedoch

b) gilt eine Ausnahme zugunsten des Kindes, wenn der Vertrag abgeschlossen und wenn der Antrag auf Bestätigung vor dem Tode des Wahlvaters abgegangen oder wenigstens veranlaßt worden ist: man will dem Kinde die Vorteile der Ankindung sichern gegenüber den Erben des Wahlvaters, welche möglicherweise ein bereits tatsächlich in der Familie lebendes Kind gern hinausstoßen möchten: es ist ja einer der Hauptvorteile der Ankindung, daß für das Kind auch dann gesorgt ist, wenn der Wahlvater stirbt und es nicht mehr selbst beschirmen kann.

VII. 1. Der Vertrag bedarf der rechtspolizeilichen Bestätigung; diese geschieht durch das Amtsgericht: das Amtsgericht hat hier die Rolle eines Familiengerichts.

2. Die Bestätigung unterliegt den Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das Nähere ergeben die Bestimmungen der §§ 66—68 GfG. Der bestätigende Beschluß ist unanfechtbar, der versagende ist anfechtbar durch die sofortige Beschwerde, welche jeder Vertragspartei zusteht.

3. Die gerichtliche Bestätigung ist wirksam mit Bekanntgebung an den Wahlvater, eventuell, wenn er nach seinem Tode erfolgt, mit der Bekanntgebung an das Wahlkind.

4. Ein Vermerk im Geburtsregister des Kindes ist vorgeschrieben, hat aber keine rechtsbegründende Bedeutung (Personenstandsgesetz § 26).

5. Die gerichtliche Bestätigung ist eine rechtspolizeiliche Bestätigung, nicht eine Verwaltungsbestätigung, m. a. W. die bestätigende Behörde hat nicht über die Nützlichkeit, sondern nur über die rechtlichen Voraussetzungen zu entscheiden. Ja, sie hat nicht einmal darüber zu entscheiden, ob die Interessen des Kindes oder die Interessen der Allgemeinheit nicht eine schwere Kränkung erfahren, ein Moment, das auch bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Betracht kommen könnte. Man hat angenommen, daß das Interesse des Kindes schon durch die Prüfung der Vormundschaftsbehörde genügend gedeckt sei (§ 1754). Vgl. S. 408.

Allein dies ist teils unzutreffend, teils ungenügend. Insbesondere gibt es keine Sicherung gegen Ankindungsverhältnisse, denen die entsprechende sittliche Grundlage fehlt. Gerade darum hat der Code Napoléon seinerzeit die Zwischenstufe der Pflegevaterschaft eingeführt, die aber allerdings nicht obligatorisch ist. Das Schweizer ZGB. sagt § 267 mit großer Weisheit:

„Die Behörde darf, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, die Ermächtigung nur dann erteilen, wenn der Annehmende dem Kinde Fürsorge und Pflege erwiesen hat oder andere wichtige Gründe vorliegen und dem Kinde aus der Annahme kein Nachteil entsteht."

Dazu kommt noch ein sozialpolitisches Element. Man hat seinerzeit die Blutsbrüderschaft aus dem Rechte verdrängt, weil sie die Gelegenheit bot zu politischen Konspirationen, deren Mitglieder sich durch Blutsgenossenschaft verbanden. Ebenso bietet aber auch die Ankindung Gelegenheit, politische Verbände zu festigen. Man denke sich z. B., daß ein älteres Haupt einer Anarchistengesellschaft Leute jüngerer Generation durch Ankindung an sich heranzieht. Das Gesetz bietet hiergegen keinen Schutz, mindestens könnte man nur durch eine gewisse Vergewaltigung des Gesetzes dies verhindern. Daß ein solcher Mißbrauch des Instituts bisher nicht zutage getreten ist, hindert nicht, daß sich einmal das politische Koalitionswesen darauf werfen kann.

In einem Punkte allerdings pflegt die amtsgerichtliche Praxis auch in eine sachliche Prüfung einzugehen, wenn nämlich die Frage aufgeworfen wird, ob die Adoption nicht eine sogenannte Simulationsadoption ist und nur den Zweck des bloßen Namentausches verfolgt. Der Aufbau dieser Idee ist, wie wir sehen werden, unrichtig; gleichwohl soll aber dieser Rechtsübung nicht entgegengetreten werden, weil sie dazu angetan ist, eine Lücke des Gesetzes auszufüllen und die materielle Prüfung eines Ankindungsvertrags durch das Gericht einzuleiten. Auch bin ich völlig dafür, daß eine amtsgerichtliche Bestätigung nicht erfolgt, wenn etwa der Vertrag die Bestimmung enthält, daß beide Teile auf alle Familien- und Vermögensfolgen (abgesehen vom Namensübergang) verzichten. Einen Vertrag derart hätte aber das Amtsgericht auch aus anderen Gründen zurückzuweisen, denn es hat keinen Ankindungsvertrag zu bestätigen, der rechtlich ungültige Klauseln enthält[1]).

4. Lösung.

§ 72.

I. Die Ankindung ist die Begründung eines dauernden Verhältnisses, das, wenn begründet, zwar nicht der Übereinkunft beider Teile, wohl aber der einseitigen Kündigung entzogen ist.

II. Die Lösung durch Übereinkunft ist an keine materielle Schranke gebunden, denn es sprechen gegen die beliebige Lösung keine überwiegenden Gründe wie bei der Ehe; nur das Schicksal der Enkel kann in Betracht kommen, aber auch diese Enkel müssen zustimmen, wenn eine Trennung erfolgen soll, und so glaubt man die Interessen genügend geborgen. Umgekehrt ist eine einseitige Kündigung, auch wenn schwere Gründe vorliegen, weder von seiten des Kindes noch von seiten des Wahlvaters möglich.

Dies ist unzutreffend und widerspricht der Natur der Dinge und dem sittlichen Charakter des Verhältnisses; denn hiernach muß es, wenn nicht beide Teile die Hand zur Lösung bieten, fortbestehen, auch wenn es unerträglich erscheint;

---

[1]) Daher richtig KG. 3. Juli 1901 (bei Müser, Namenrecht S. 48).

und nur diejenigen Maßnahmen, welche das Kind gegen Mißbrauch der elterlichen Gewalt im allgemeinen schützen, können auch hier schirmend dazwischentreten. In manchen Fällen aber werden die Verhältnisse so unleidig, daß es sehr wünschenswert ist, eine übereilte Ankindung rückgängig zu machen und das Kind den leiblichen Eltern zurückzugeben. Auch hier haben wieder die Redaktoren des BGB. eine große Kurzsichtigkeit erwiesen, während doch schon die alten Babylonier in solchen Fällen Hilfe gewährten! Das Schweizer ZGB. § 269 sagt treffend:

„Die Kindesannahme kann mit beiderseitiger Zustimmung und unter Beobachtung der bei ihrer Begründung zu befolgenden Vorschriften jederzeit aufgehoben werden.

Sie wird durch den Richter aufgehoben auf Begehren des angenommenen Kindes, wenn es wichtige Gründe geltend macht, und auf Begehren des Annehmenden, wenn er gegenüber dem Kinde einen Enterbungsgrund hat.

Die Aufhebung beseitigt jede künftige Wirkung der Kindesannahme und ist unwiderruflich."

III. Der Aufhebungsvertrag erfolgt in der Form des Ankindungsvertrages und bedarf wie dieser der rechtspolizeilichen gerichtlichen Bestätigung, §§ 1768, 1770. Er kann als ein Familienvertrag

1. nur persönlich abgeschlossen werden, und was die Geschäftsunfähigkeit und Geschäftsbeschränkung betrifft, so gilt das gleiche wie oben, §§ 1770, 1750.

Ist also der Wahlvater geschäftsunfähig, so ist der Gegenvertrag unmöglich, ist er geschäftsbeschränkt, so bedarf er der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und der obervormundschaftlichen Genehmigung. Ist das Wahlkind geschäftsunfähig oder geschäftsbeschränkt, dann gilt, was oben vom Ankindungsvertrag gesagt ist; auch hier kommen die 14 Jahre in Betracht.

Daß im Falle der Geschäftsunfähigkeit des Wahlvaters ein Aufhebungsvertrag unmöglich ist, bedeutet wiederum einen schweren Fehler. Wie leicht kann ein persönliches Interesse des Kindes vorliegen, z. B. wenn ihm eine andere Ankindung winkt! Es ist doch etwas ganz anderes, wenn es sich um eine Ankindungsaufhebung, als wenn es sich um die Eingehung einer Ankindung handelt.

2. Der Vertrag kann zwar bedingt und befristet erfolgen, die Aufhebung aber kann nur unbedingt und unbefristet sein.

3. Der Vertrag verlangt die notarielle Form bei gleichzeitiger Mitwirkung beider Teile.

IV. Die Aufhebung kann nur im ganzen, nicht teilweise geschehen; dies gilt namentlich von der verbundenen Ankindung durch zwei Ehegatten: hier ist es unmöglich, daß das Ankindungsverhältnis bezüglich des einen Ehegatten weiterbesteht, während es bezüglich des anderen durch Aufhebungsvertrag vernichtet wird; dies gilt nicht nur dann, wenn zwei Ehegatten ein Kind gleichzeitig, sondern auch dann, wenn sie es hintereinander in verschiedenen Rechtsgeschäften adoptiert haben (§ 1768 BGB.). Und ebenso gilt der Grundsatz: wenn ein Kind und seine Kinder adoptiert worden sind oder wenn ein Kind angenommen worden ist und seine späteren Kinder von selber in die Ankindung fielen, so ist es nicht möglich, die Ankindung etwa bezüglich seiner Kinder bestehen zu lassen und bezüglich seiner selbst aufzuheben, und ebensowenig umgekehrt.

Sind nur noch Abkömmlinge der Wahlkinder vorhanden, so können diese mit dem Wahlvater einen Auflösungsvertrag abschließen, aber natürlich nur alle zusammen, denn die Beziehung kann nur im ganzen gelöst werden, § 1769.

Eine Aufhebung in der Art, daß statt der Adoptionsbedingungen andere treten sollen (§§ 1767, 1758), ist unstatthaft.

V. Die Aufhebung bewirkt, daß das bis dahin mit aller Wirkung bestandene Ankindungsverhältnis nunmehr aufhört, so daß keine neuen Rechtswirkungen mehr entstehen. Die bereits eingetretenen Vermögenswirkungen dauern natürlich fort; denn sobald das Vermögensrecht erworben ist, folgt es den Grundsätzen des Vermögensrechts und wird nicht mehr durch die familienrechtlichen Schicksale angetastet. Hat also das von beiden Ehegatten angenommene Kind den einen Ehegatten beerbt, und tritt sodann mit dem anderen Ehegatten eine Lösung ein, so wird die Beerbung nicht rückgängig gemacht. Alles Familienrechtliche dagegen beruht unmittelbar auf dem Bestehen des Ankindungsverhältnisses und hört mit seinem Erlöschen von selbst auf. Daher:

1. Nicht nur die elterliche Gewalt des Wahlvaters hört auf, sondern das ganze verwandtschaftliche Verhältnis erlischt in der Art, daß der Wahlvater sogar das Wahlkind heiraten kann (§§ 1311, 1771 BGB.), was allerdings zu den Ungeheuerlichkeiten des Gesetzbuchs gehört; denn daß zwei Personen, die sich vielleicht jahrelang wie Vater und Tochter, Mutter und Sohn gegenüberstanden, einander heiraten können, ist eine Naturwidrigkeit. Aber so leider auch das Schweizer ZGB. §§ 100, 129.

2. Das Eltern- und Kindesverhältnis erlischt auch in den Wirkungen, die außerhalb der elterlichen Gewalt stehen, so daß also der Wahlvater keine Zustimmung mehr zur Eheschließung oder zu einer sonstigen Ankindung mehr zu geben hat.

3. Das Namensrecht und das Erbrecht erlischt (§ 1772 BGB.), ebenso alle mit der Ankindung verbundenen Persönlichkeitsrechte.

4. Nutznießung und Verwaltungsrecht des Wahlvaters erlischt, ebenso das Vorrecht zur Vormundschaft, oder die Befugnis zur Bestellung eines Vormundes. Eine etwaige testamentarische Bestimmung derart verliert ihre Kraft.

5. Hat der Wahlvater in einer Verfügung von Todes wegen dem Kinde Zuwendungen gemacht, so ist anzunehmen, daß die Verfügung sich nur auf das Wahlkind als Wahlkind bezieht und nach Aufhebung der Wahlverwandtschaft zerfällt, nach Rechtsähnlichkeit des § 2077 BGB.

VI. Ist das Ankindungsverhältnis aufgehoben, so tritt wieder das normale Verhältnis zwischen dem Kind und seinen leiblichen Eltern ein. Diese erlangen wieder die elterliche Gewalt mit allen ihren Ausläufern, solange das Kind noch in der Minderjährigkeit ist, sie erlangen wieder das Herrschaftsverhältnis mit der Befugnis und der Pflicht der Erziehung; sie erlangen auch die aus dem gemeinsamen Haushalte gegenüber dem Volljährigen entstehenden Rechte wieder (§§ 1617 f.), nicht aber das dem parens als parens zustehende Einwilligungsrecht in die Eheschließung (§ 1306), das überhaupt ein Recht zweifelhafter Natur ist. Es kann nun allerdings ein klägliches Verhältnis sein, wenn das Kind, das seinen Eltern völlig entfremdet ist, wieder in die elterliche

Familie zurückfällt; dies ist aber eine Warnung für die Vormundschaftsbehörde: sie soll zu einer solchen Aufhebung des Verhältnisses nur dann ihre Zustimmung geben, wenn es das Interesse des Kindes zuläßt.

VII. Eine Auflösung erfolgt ausnahmsweise durch Rechtsereignis, wenn der Wahlvater und das Wahlkind sich im Inlande oder Auslande heiraten. Ist die Ehe eine nichtige, so hat sie die Wirkung nicht: nur hört die elterliche Gewalt des Wahlvaters auf, denn diese ist mit einem, wenn auch nur zeitweilig entwickelten ehelichen Verhältnis unverträglich. Es handelt sich hier um die Auflösung durch Rechtsereignis, nicht durch Rechtsgeschäft: denn die Folge ist nicht eine Folge der Ehe als Rechtsgeschäft, sie ist eine Zufallsfolge, die mit der Ehe nur äußerlich im Zusammenhang steht.

Die Auflösung hat alle eben beschriebenen Folgen (§§ 1771, 1311).

VIII. Das Ankindungsverhältnis und das dadurch begründete Verwandtschaftsverhältnis löst sich nicht durch den Tod, sondern erleidet dadurch nur diejenige Änderung, welche jedes Verwandtschaftsverhältnis durch den Tod erfährt. Es bleibt bestehen:

1. In bezug auf das Namenrecht[1]) und alle diejenigen Persönlichkeitsrechte, welche nach dem Tode fortdauern, z. B. das Beerdigungsrecht, das Recht, über die hinterlassenen Schriftwerke zu verfügen oder den Strafantrag wegen Beschimpfung des Andenkens des Verstorbenen zu stellen.

2. An Stelle des Ernährungs- oder Unterstützungsanspruchs tritt das Erbrecht mit dem Pflichtteilsrecht.

5. Nichtankindung, nichtige Ankindung.

§ 73.

I. Was bei der Ankindung nach außen als das Bestimmende und Richtgebende hervortritt, ist die amtsgerichtliche Bestätigung. Daher:

---

[1]) Das von beiden Ehegatten adoptierte Kind behält daher nach dem Tode des einen Ehegatten den Adoptivnamen, auch wenn die Ankindung mit dem überlebenden Ehegatten durch Gegenvertrag gelöst wäre. Denn das den Adoptivnamen rechtfertigende Verhältnis zum toten Ehegatten bleibt bestehen, § 1772.

Eine Ankindung ohne diese Bestätigung ist eine Nichtankindung, also eine juristische Null.

II. Nicht eine Nichtankindung, sondern eine nichtige Ankindung liegt vor:

1. wenn es am Ankindungsvertrag fehlt oder wenn dieser wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig ist, oder wenn es dem Geschäftsbeschränkten an der nötigen Zustimmung fehlt (soweit diese nicht nachgebracht wird);

2. wenn ein vernichtendes Hindernis vorliegt.

III. Eine anfechtbare Ankindung liegt vor, wenn ein Umstand vorhanden ist, der im Vertragsrecht als Anfechtungsgrund gilt, so Abirrung, Zwang und Betrug. Als Abirrung kann aber nur ein Irrtum in der Person oder ein Irrtum über solche Umstände gelten, welche nach richtiger Würdigung des Verhältnisses den Entschluß zur Ankindung negativ beeinflußt hätten. Dasselbe muß auch bei dem Betrug der Fall sein; Irrtum über Vermögensverhältnisse ist bedeutungslos. Auch der Irrtum über das Vorhandensein ehelicher Kinder, nachdem diese für tot erklärt sind, ist kein Anfechtungsgrund: es verhält sich hier ganz anders als bei dem Ehegatten, den man irrig für tot hält.

IV. Zu unterscheiden ist eine Anfechtung des Ankindungsvertrags vor erfolgter Bestätigung, und eine Anfechtung des Vertrags nach der Bestätigung, welche zugleich eine Anfechtung der Ankindung selbst ist.

1. Eine Anfechtung vor erfolgter Bestätigung geschieht nach den Grundsätzen des Vertragsrechts durch ankunftsbedürftige Erklärung an den Vertragsgenossen; jedoch kann sie nicht durch einen Stellvertreter erfolgen, abgesehen von dem Falle, in welchem die Ankindung selber durch einen Vertreter geschehen kann. Sie bedarf bei Geschäftsbeschränkten der Zustimmung und Genehmigung wie die Ankindungserklärung (§§ 1750, 1751, 1755).

Ficht der Ehegatte oder der Elternteil die Einwilligung an, §§ 1746—1748, 1755, so erfolgt die Anfechtungserklärung an einen der Vertragsgenossen oder an das Amtsgericht.

2. Nach erfolgter Bestätigung und nach Eintritt des Ankindungsverhältnisses kann die Anfechtung, wie bei der Ehe nur durch Anfechtungsklage erfolgen; es wäre sinnlos,

einen richterlichen Akt durch einfache Erklärung unter den Parteien zum Falle bringen zu wollen[1]).

V. Die Nichtankindung hat keine Wirkung, und wenn daher der Wahlvater für das Kind handelt, so hat das Handeln nur den Charakter der Geschäftsführung, und wenn er das Vermögen des Kindes fruktifiziert, so hat er nach den Grundsätzen der Bereicherung Ersatz zu leisten.

Die nichtige Ankindung ist, wie die nichtige Ehe, nicht ein juristisches Nichts, sondern sie hat die Bedeutung, daß, wenn gutgläubig Dritte auf Grund einer solchen Ankindung mit dem Wahlvater als dem gesetzlichen Vertreter des Kindes Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben, sie verlangen können, daß diese Geschäfte als wirksam gelten sollen. Und dasselbe gilt von der passiven Tätigkeit des Wahlvaters, sofern er Rechtshandlungen Dritter entgegengenommen, und von Prozessen, die er geführt hat. Dies ergibt sich nicht nur aus der Analogie von § 1344 BGB., sondern es ergibt sich direkt aus dem § 32 GfG., welcher das allgemeine Prinzip aufstellt, daß eine auf freiwilliger Gerichtsbarkeit beruhende Gerichtsverfügung, welche jemandem die Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften verleiht, auch wenn sie nachher als ungerechtfertigt aufgehoben wird, in der Zwischenzeit vollkräftig wirkt.

Für den Fahrniserwerb gelten natürlich auch hier die Grundsätze der §§ 932 f. BGB. Vgl. oben S. 107.

Ist die nichtige Ankindung durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt, so wird sie zur Nichtankindung.

Die anfechtbare Ankindung steht, wenn die Anfechtung erfolgt ist, der nichtigen gleich.

VI. Man hat behauptet, es gäbe eine simulierte Ankindung, wie man seinerzeit von einer simulierten Ehe gesprochen hat. Davon kann keine Rede sein. Wenn auch die Parteien eine bloße Simulation beabsichtigen, d. h. ihrer Erklärung eine Nichterklärung beifügen, so daß das eine das andere aufhebt, so kann diese Simulation doch nicht den dritten Faktor, das

---

[1]) Die Anfechtung der Einwilligung von Ehegatten oder Elternteil nach §§ 1755, 1746, 1747, 1748 kann nur vor der Bestätigung in Betracht kommen, da ihr Mangel nur ein hemmendes Hindernis darstellt (S. 337).

Amtsgericht, erfassen; ebenso wie der Standesbeamte bei der Ehe die beiden Ehegatten zusammengibt, auch wenn sie bloß eine Simulationsehe beabsichtigen, ebenso ist es bei der Ankindung. Die Erklärung des Standesbeamten wie die Erklärung des Adoptionsrichters sind vom Simulationsvertrag ganz unabhängig, und das Rechtsgeschäft ist gültig und bindend: eine Simulation würde voraussetzen, daß auch das dritte Element, eben der Standesbeamte oder das Gericht, bei dem Schein und Gegenschein beteiligt ist, was aber nicht der Fall ist, und was gar nicht der Fall sein kann. Ein Gericht kann keine Scheinerklärung abgeben.

Dazu kommt folgendes: der Amtsrichter wie der Standesbeamte sind nicht etwa wie der Notar bloße Protokollanten, welche das von den Parteien Abgegebene, sowie es ihnen gegeben ist, festzulegen haben, sondern sie haben eine Prüfung vorzunehmen, mindestens eine Prüfung in dem Sinne, ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind; und überall, wo vom Beamten eine solche Prüfung vorzunehmen ist, ist der von ihm erfolgte Akt von den Scheinbestrebungen der Parteien unabhängig; denn der Schein geht nicht durch den Beamten hindurch, er scheitert am Ernste staatlicher Betätigung.

Allerdings ist die entgegengesetzte Ansicht verbreitet, aber sie ist völlig unrichtig; und es ist gegen alle Rechtsgrundsätze, eine von dem Amtsgericht ausgesprochene Ankindung als einen bloß wesenlosen Schein zu erklären, wie es gegen alle Rechtsgrundsätze wäre, einer vor dem Standesbeamten abgeschlossenen Ehe einen bloßen Scheincharakter zuzuerkennen[1]). Eine solche Anschauung ist um so unzulässiger, als aus ihr eine ipso jure Nichtigkeit hervorgehen würde, die allen gegenüber wirkte und sogar den Träger des Adoptivnamens strafbar machte! Weshalb die simulierte Ankindung nicht ins Standesregister einzutragen oder, wenn eingetragen, zu löschen wäre[2])! Man hätte doch annehmen müssen, daß

---

[1]) Die Praxis ist der bekämpften Ansicht, vgl. RG. 11. April 1892, Entsch. 26 S. 124, 131, Hamburg 3. Oktober 1903, Seuffert 60 Nr. 69 (= M. 7 S. 425), KG. 15. März 1906, Entsch. f. G. 7 S. 82.

[2]) KG. 29. Februar 1904, M. 8 S. 375, und Hamburg 9. März 1903, M. 6 S. 289.

mindestens zuvor eine Nichtigkeitserklärung zu erfolgen habe. Soll ein obrigkeitlicher Akt wie die Ankindungserklärung ein einfaches Nichts sein? Hat man doch auch andererseits mit Recht ausgesprochen, daß eine Ankindung auch dann möglich ist, wenn ein inniges Zusammenleben nicht erstrebt wird[1]).

II. Titel.

Uneheliche Kindschaft.

(Enzyklopädie II S. 159.)

I. Grundsätze.

§ 74.

I. Unehelich ist das Kind, welches nicht von einer Ehefrau während der Ehe oder in entsprechender Zeit (regelmäßig bis zum 302. Tag) nach der Ehe geboren worden ist.

II. Ein hiernach eheliches Kind kann nicht als uneheliches betrachtet werden, auch wenn es außerehelich erzeugt wurde, es müßte denn von dem Ehemann verleugnet werden, oder es müßten beim Tode des Ehemannes die Verhältnisse so liegen, daß die Ehelichkeit beanstandet werden kann. Das zu Recht verleugnete und das mit Recht zu beanstandende Kind ist ein uneheliches Kind.

III. Das uneheliche Kind steht nach dem bürgerlichen Rechte zu seiner Mutter und der mütterlichen Familie im nämlichen Verhältnis, wie ein eheliches Kind, denn die Besonderheit in seiner Rechtsstellung beruht nicht etwa auf einer Zurücksetzung wegen der Unregelmäßigkeit seiner Zeugung, sondern auf der Unsicherheit der Vaterschaft (§ 1705). Daher gilt die Unterstützungspflicht zwischen den unehelichen Kindern und den mütterlichen Aszendenten, wie in der ehelichen Familie. Doch ist die natürliche Mutter dadurch zurückgesetzt, daß sie keine elterliche Gewalt erlangt (§ 1707), eine Bestimmung, welche sich nicht halten läßt. Mit Recht gibt das Schweizer ZGB. a. 324 der Obervormundschaft die Befugnis, der natürlichen Mutter eine elterliche Gewalt zu gewähren. Auch bei uns muß man der natürlichen Mutter mindestens die Befugnis geben, den Vornamen des Kindes zu bestimmen.

---

1) RG. 17. November 1910, Warn. 4 Nr. 3.

Das Kind folgt der Mutter in Heimat (Staatsangehörigkeit)[1]) und Unterstützungswohnsitz[2]); es trägt ihren Namen und behält ihn, solange es uneheliches Kind ist; doch ist eine Verhüllung möglich: heiratet die Mutter einen Dritten, so kann dieser dem Kinde, mit seiner Einwilligung und mit Einwilligung der Mutter, durch Erklärung bei der Namensbehörde seinen Namen geben, welche Erklärung ebenso wie die Einwilligungen in öffentlich beglaubigter Form zu geschehen hat (§ 1706). Die Namensbehörde wird durch die Landesgesetzgebung bestimmt; in Preußen ist es nach a. 68 AG. zum BGB. der Standesbeamte, eventuell das Amtsgericht am Wohnsitze des Ehemanns[3]). Dadurch wird nicht nur die uneheliche Geburt verhüllt, sondern das uneheliche Kind den Kindern der Ehe angenähert.

IV. Ist auf solche Weise die Stellung des Kindes gegenüber der Mutter und der mütterlichen Familie in entsprechender Weise geregelt, so ist seine Lage gegenüber dem Erzeuger und der Familie des Erzeugers um so schlimmer. Der ganze Satz von der Unsicherheit der Vaterschaft hat nur beschränkte Berechtigung: auch bei ehelichen Kindern liegt eine Unsicherheit vor, welche kraft des ehelichen Verhältnisses durch Rechtssatz ausgeglichen wird. Die Unsicherheit bei unehelichen Kindern aber ist in vielen Fällen ganz eingebildet; man denke an die Kinder aus einem Verhältnis freier Liebe und überhaupt an solche Fälle, wo nach allen Umständen anzunehmen ist, daß die Frauensperson nur mit einem Manne verkehrt hat. Die Übertreibung der Unsicherheit ist für das weibliche Geschlecht geradezu entwürdigend: man entehrt jedes Weib, das außerehelich verkehrt, und macht es zur Dirne; eine ganz altväterliche Anschauung, welche auch noch in dem merkwürdigen Dogma des Reichsgerichts nachklingt, wonach jeder außereheliche Verkehr ein unzüchtiger sei[4]).

---

[1]) § 4 StaatsangehG.

[2]) § 21 UnterstWG.

[3]) Jedenfalls ist dem Standesbeamten des Geburtsregisters, wegen einer Randbemerkung, Mitteilung zu machen; vgl. KG. 17. Januar 1913, Entsch. f. G. 12 S. 201.

[4]) Vgl. hiergegen Recht und Persönlichkeit S. 46f.

Man hätte doch jedenfalls annehmen können, daß, wenn der uneheliche Vater das Kind anerkennt, dieser Anerkennung Folge geleistet würde, und daß unter gewissen Umständen der Vater zur Anerkennung gezwungen werden könne. In allen diesen Beziehungen steht das Schweizer Gesetzbuch weit über den ganz veralteten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

V. Eine außereheliche Vaterschaft erkennt man nur in einer Beziehung an: auch die uneheliche Erzeugerschaft bewirkt ein Ehehindernis, sowohl zwischen Kind und Erzeuger, als auch zwischen dem Kind und den Verwandten des Erzeugers in den verbotenen Graden (§ 1310).

VI. Abgesehen hiervon erkennt man eine außereheliche Vaterschaft nicht an; dagegen will man den außerehelichen Erzeuger zur Unterstützung des Kindes heranziehen. Diese Pflicht ist, wenn nicht eine familienrechtliche, so doch eine quasifamiliäre Pflicht, sie beruht auf der Stellung des Erzeugers zu dem Kinde und zu der Mutter seines Kindes. Lange Zeit hat man allerdings noch andere Elemente herangezogen und insbesondere eine Art von unrechter Tat des Erzeugers geltend machen wollen; aber diese ganze Anschauung ist vollkommen verfehlt, insbesondere besteht die Unterstützungspflicht auch in denjenigen Fällen, in denen die außerehelichen geschlechtlichen Beziehungen nicht sittlich verwerflich waren, und ebenso tritt die Unterstützungspflicht auch dann ein, wenn die Erzeugung eine unwillkürliche gewesen ist, wenn also z. B. der Erzeuger im Wahnsinn oder in einem sonstigen unzurechnungsfähigen Zustand den Erzeugungsakt animalisch vollzogen hat[1]).

II. Verhältnis des Kindes zur Mutter.

§ 75.

I. Von dem Satze, daß das uneheliche Kind in der mütterlichen Familie die Stellung des ehelichen hat, gilt, wie bemerkt, eine unberechtigte Ausnahme: der Mutter steht die elterliche Gewalt nicht zu (§ 1707); sie hat nur die Personen-

[1]) Anders wenn sein Sperma ohne Zeugungsakt eingeführt worden ist (oben S. 296).

gewalt, und auch diese ohne juristische Ausladung: sie hat nicht die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (§ 1707). Dieser Unterschied ermöglicht es immerhin, daß die Frage, ob die an und für sich unbestrittene Mutterschaft eine eheliche oder eine uneheliche ist, zum gerichtlichen Austrage gebracht wird[1]).

Kraft jener beschränkten Personengewalt aber hat die uneheliche Mutter Aufenthalt und Pflege des Kindes zu bestimmen[2]), und zwar in ähnlicher Weise wie die eheliche Mutter; daher findet auch hier der § 1666 Anwendung: denn dieselbe Fürsorge, welche Veranlassung nimmt, die Kinder den ehelichen Eltern zu entziehen, kann sie auch vom Hause der unehelichen Mutter fernhalten[3]). Einen Beistand braucht die uneheliche Mutter nicht, da ja ein Vormund zu ernennen ist, welcher, was Personengewalt betrifft, das Vertretungsrecht und die Rechte eines Beistandes hat. Die Personengewalt hat sie im übrigen in erster Reihe; wenn aber Vermögenserwägungen dabei spielen, so hat im Widerspruch zwischen ihr und dem Vormund die Obervormundschaft zu entscheiden.

II. Eine zweite Besonderheit gilt für das Adelsrecht: das uneheliche Kind einer adligen Mutter erwirbt nicht den Adel und nicht die Befugnis der Adelsbezeichnung[4]).

III. Eine Verpflichtung der unehelichen Mutter, die Person des Erzeugers kundzugeben, besteht nicht; sie kann nicht nur darüber an und für sich die Aussage verweigern, sondern sie kann, wenn sie nach Maßgabe der §§ 12, 15 GfG. als Zeugin vernommen werden soll, das Zeugnis ablehnen, denn die Umstände, welche die Begattung betreffen, gehören den intimen Fragen an, über die man nach § 384 Z. 2 ZPO. die Aussage verweigern darf[5]). Man kann darum auch weder

---

[1]) OLG. Hamburg 22. September 1903, M. 7 S. 417.

[2]) KG. 4. Januar 1905, M. 16 S. 20.

[3]) KG. 28. Januar 1910, M. 21 S. 275.

[4]) Für Preußen gilt die nach dem AusfG. aufrechterhaltene Bestimmung von II 2 § 641 LR. Dies widerspricht dem Reichsrecht nicht, da aus §§ 1705—1707 hervorgeht, daß das Reichsrecht das uneheliche Kind auch in der Mutterfamilie nicht auf den Rang eines ehelichen Kindes erheben will.

[5]) RG. 10. Oktober 1902, Entsch. St. 35 S. 1; Oberstes LG. München 23. Februar 1906, JZ. 12 S. 246.

ihr noch einem anderen einen Vorwurf machen, wenn eine falsche Person angegeben und dadurch die Ermittlung des richtigen Erzeugers erschwert wird.

III. Verhältnis des Kindes zum Erzeuger.

(Enzyklopädie II S. 159.)

1. Allgemeines.

§ 76.

I. Als Erzeuger gilt, wer die Mutter in der maßgebenden Zeit (zwischen dem 181. und 302. Tage vor der Geburt) begattet hat, vorausgesetzt, daß er

1. der mögliche Erzeuger ist,

2. daß die exceptio plurium nicht begründetermaßen erhoben wird (§ 1717).

II. Was die Möglichkeit der Erzeugung betrifft, so ist auf das Obige (S. 294) zu verweisen. Die exceptio plurium aber ist eine klägliche Auskunft, die von dem alten Gedanken ausgeht, den seinerzeit Ihering und Unger im Juristentag breitgetreten haben: daß die Vaterschaft bewiesen werden müsse und daß, wenn mehrere in maßgebender Zeit mit der Mutter Umgang hatten, es nicht sicher sei, welcher von den Attentätern „das Ziel getroffen habe". Aber auch bei ehelichen Kindern ist ein voller Beweis der Erzeugerschaft nicht möglich, und auch ein Ehemann muß, wie schon Shakespeare erkannte, es eben darauf ankommen lassen. Wenn jemand ein Kind als das seinige behandeln muß, das nicht von ihm gezeugt ist, so ist dies kein besonderes Unglück: die große soziale Wohltat, daß das Kind einen Vater hat, ist überwiegend. Andererseits ist es allerdings eine üble Erfahrung, daß manchmal eine Frau, welche regelmäßig mit ihrem Liebhaber verkehrt, sich einmal mit einem anderen vergeht, um nach der Geburt eines Kindes von ihm reichlicheren und ausgiebigeren Unterhalt zu erlangen; dem soll vorgebeugt werden: insofern hat die exceptio plurium einen sozialen Hintergrund; allein sie geht pedantisch zu weit. Hat eine Frau regelmäßig mit A. und nur ausnahmsweise mit B. verkehrt, so steht sie einer Ehefrau gleich, der man das eine oder andere Mal einen Ehebruch nachweisen kann, und die

Vermutung spricht für die Vaterschaft des A. Treffend hat daher auch das Schweizer Gesetzbuch in § 314 den Kern der Sache erfaßt[1]). Bei einer Frau unzüchtigen Lebenswandels, bei einer Prostituierten nimmt die exceptio plurium einen anderen Charakter an: sie ist hier stets angemessen, denn der animalische Verkehr einer Dirne steht außerhalb des gesellschaftlichen Lebens.

III. Die Erzeugerschaft bewirkt eine quasifamiliäre Unterstützungspflicht, von welcher unten (S. 383) zu handeln ist. Sie bewirkt keine Vaterschaft, daher ist auch keine Klage auf Feststellung der Vaterschaft zulässig, sondern nur eine Klage auf Feststellung der Pflicht, die gesetzlichen „Alimente" zu leisten. Die Klage kann auch nicht als Klage auf Feststellung der physiologischen Abstammung erhoben werden[2]); solche Klage gibt es überhaupt nicht: die physiologische Abstammung ist eine Tatsache, kein Rechtsverhältnis (S. 294). Auch ist die Vaterschaft nicht in das Standesbuch einzutragen, einzutragen ist nur die etwaige Anerkennung der Erzeugerschaft[3]). Auch eine negative Feststellung über die außereheliche Vaterschaft ist nicht möglich, sondern nur eine negative Feststellung in dem Sinne, daß jemand die „Alimente" eines außerehelichen Erzeugers nicht zu leisten hat. Eine derartige Klage ist natürlich erst nach Geburt des Kindes zulässig[4]). Und da die uneheliche Erzeugung keinen Personenstand begründet, so ist auch, wenn darüber unrichtige Angaben gemacht werden, von einer Fälschung des Personenstandes im Sinne des § 169 StGB. keine Rede[5]).

---

[1]) „Hat der Beklagte nachweisbar in der Zeit vom dreihundertsten bis zum hundertachtzigsten Tage vor der Geburt des Kindes der Mutter beigewohnt, so wird seine Vaterschaft vermutet.

Diese Vermutung fällt jedoch weg, sobald Tatsachen nachgewiesen werden, die erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen."

[2]) Vgl. LG. Karlsruhe 8. Juni 1909, Bad. R. 1910 S. 27, Bayr. ObLG. 22. Februar 1906, M. 12 S. 345.

[3]) Karlsruhe 11. November 1911, Bad. R. 1912 S. 164.

[4]) AG. Walldürn 10. Mai 1911, Bad. R. 1911 S. 232.

[5]) Ganz irrig RG. 11. November 1901, Entsch. St. 34 S. 427, und 4. Mai 1908, Entsch. St. 41 S. 302.

2. Anerkennung.

§ 77.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat leider weder der Anerkennung des Vaters noch dem Umstand, daß die Mutter mit dem Vater in dauernder freier Liebe lebte, eine stärkere Bedeutung beigemessen. Man hat sich hier, wie so oft, die Augen verschlossen vor den dringenden Erfordernissen der Gegenwart. Selbst der Code Napoléon, welcher leider die natürlichen Kinder ihres Vaters beraubte, weil man in der heuchlerischen Weise der Konsulatszeit die natürliche Vaterschaft verdecken wollte, hat der Anerkennung eine vaterschaftsbegründende Wirkung beigemessen. Noch mehr das Schweizer Gesetzbuch in § 325[1]) und in § 461[2]). Dies ist um so höher anzuschlagen, wenn man den puritanischen Charakter des reformierten Schweizer Volkes in Anschlag bringt. Unser Gesetz hätte um so mehr Veranlassung gehabt, den natürlichen Kindern eine bessere Behandlung zukommen zu lassen.

II. Die Anerkennung der Erzeugerschaft hat also bei uns keine vaterschaftsbegründende Bedeutung, weder nach der Seite des bürgerlichen noch nach der Seite des staatlichen Rechts; insbesondere bewirkt sie nicht wie nach

---

[1]) „Wird das Kind freiwillig anerkannt oder wird es dem Vater mit Standesfolge zugesprochen, so erhält es den Familiennamen und die Heimatangehörigkeit des Vaters und steht zur väterlichen wie zur mütterlichen Seite in den Rechten und Pflichten der außerehelichen Verwandtschaft.

Der Vater hat für das Kind zu sorgen wie für ein eheliches.

Die Vormundschaftsbehörde kann das Kind unter die elterliche Gewalt des Vaters oder der Mutter stellen."

[2]) „Die außerehelichen Blutsverwandten werden in der mütterlichen Verwandtschaft den ehelichen im Erbrecht gleichgestellt.

In der väterlichen Verwandtschaft besteht nur dann ein Erbrecht, wenn das außereheliche Kind durch Anerkennung oder Urteil des Richters den Stand des Vaters erhalten hat.

Hat ein außerehelicher Erbe oder sein Nachkomme mit ehelichen Nachkommen seines Vaters zu teilen, so erhält der außereheliche Erbe oder sein Nachkomme je nur halb so viel als einem ehelichen Kinde oder seinen Nachkommen zufällt."

Schweizer ZGB. a. 325, daß das Kind der Staatsangehörigkeit des Erzeugers folgt.

Doch ist sie nicht ganz ohne Wirkung, sie ist nach zwei Seiten hin bedeutsam: sie schließt 1. die exceptio plurium aus, und sie begründet 2. die Vermutung, daß der Anerkennende die Frau innerhalb der betreffenden Frist begattet hat (§§ 1718, 1720).

Sie bewirkt daher eine Rechtslage, aber kein Recht; aber auch die Schaffung einer Rechtslage ist ein Rechtsgeschäft, mindestens dann, wenn ihr ein latentes Rechtsverhältnis zugrunde liegt, das nach gewissen Richtungen hin praktisch hervorbricht; und dies ist hier der Fall: das durch Anerkennung begründete Verhältnis des Erzeugers ist ein allerdings in der Entwicklung völlig zurückgebliebenes latentes Verhältnis, während die eheliche Anerkennung ein voll ausgebildetes Rechtsverhältnis bewirkt. Diese Analogie ist für unsere Rechtsauffassung entscheidend.

Daraus folgt:

1. Der Anerkennende muß geschäftsfähig sein; die Anerkennung des Geschäftsbeschränkten wirkt nur, wenn die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters hinzukommt. Dies gilt um so mehr, als die Anerkennung der Erzeugerschaft für die Alimentationspflicht bedeutsam ist. Daher ist auch die Anerkennung durch einen Geschäftsbeschränkten nicht im Standesbuch einzutragen, solange die Genehmigung noch nicht erfolgt ist; der Eintrag ins Standesbuch soll der Eintrag einer rechtsgültigen Anerkennung sein[1]). Vgl. S. 357.

2. Die Anerkennung als Rechtsgeschäft hat eine bestimmte Form: sie kann nur in öffentlicher Urkunde erfolgen, entweder in sonstiger öffentlicher Urkunde oder in einer standesamtlichen Beurkundung; doch besteht hier der Unterschied: nach § 167 GfG. ist eine standesamtliche Beurkundung reichsrechtlich gültig, wenn sie in Verbindung mit der Anzeige der Geburt oder mit der Anzeige der Eheschließung der Eltern erfolgt; landesgesetzlich aber kann auch eine Erklärung zu anderer Zeit mit der gleichen Wirkung vom

[1]) Unrichtig OLG. München 6. August 1901, Entsch. f. G. 2 S. 158.

Standesbeamten beurkundet werden, so z. B. nach preußischem Recht, a. 70 AusfG. z. BGB.[1]).

3. Die Anerkennung als Rechtsgeschäft ist ein einseitiger nicht ankunftsbedürftiger Akt. Sie wirkt auch, wenn sie nicht dem Kinde, auch wenn sie nicht der natürlichen Mutter gegenüber erklärt worden ist.

4. Sie kann angefochten werden, und da die Anerkennung sowohl der Mutter als dem Kinde Vorteil bringt, so kann die Anfechtung dem einen oder dem anderen Teil gegenüber erfolgen (§ 143 BGB.).

Eine solche Anfechtung hat man nicht selten wegen Arglist der Mutter erhoben, und die Arglist fand man darin, daß die Mutter dem Manne fälschlich erklärt hatte, mit keinem anderen Manne geschlechtlich verkehrt zu haben. Eine derartige Anfechtung ist aber nicht zulässig: die Täuschung müßte von dem Hauptbeteiligten ausgehen, und der Hauptbeteiligte ist nicht die täuschende Mutter, sondern das an der Täuschung unschuldige Kind; die uneheliche Mutter kann auch nicht (wie die eheliche) als Vertreterin des Kindes gelten, denn zu seiner Vertretung wird ein Vormund gesetzt. Außerdem ist es eine Frage des einzelnen Falles, ob der hierdurch erregte Irrtum wirklich ausschlaggebende Bedeutung hatte; hatte er diese, so ist zwar nicht die Anerkennung anfechtbar, wohl aber ist, wo immer die Mutter den Anerkennenden für Vermögensleistungen in Anspruch nimmt, ihr gegenüber eine Arglisteinrede gestattet[2]).

5. Die Anerkennung der unehelichen Erzeugerschaft bewirkt eine Rechtslage, welche nicht beliebig geändert werden kann; daher ist die Zurücknahme der Anerkennung bedeutungslos. Sie ist auch nicht in das Standesregister einzutragen[3]).

---

[1]) Die standesamtliche Anerkennung erfolgt also entweder im Geburts- oder Heiratsregister in Verbindung mit der Geburts- oder Heiratseintragung oder sie erfolgt in besonderer Urkunde, auf Grund deren die Eintragung einer Randvermerkung im Geburtsregister erfolgt, §§ 25 und 26 PersStG., §§ 14—16 der dazugehörigen Bundesratsverordnung vom 25. März 1899.

[2]) Vgl. über diese Frage RG. 30. Juni 1904, Entsch. 58 S. 348, Stuttgart 7. Dezember 1911, M. 24 S. 55. Anders bei der ehelichen Vaterschaft oben S. 304.

[3]) LG. Gießen 8. Februar 1911, Hessen 12 S. 150.

Es ist daher natürlich auch keine Rede davon, daß etwa ein solches Anerkenntnis nach § 812 oder § 814 angegriffen werden könnte, denn es handelt sich hier um eine familiäre Rechtslage, nicht um eine Vermögenszuwendung, die *cum* oder *sine causa* sein könnte[1].

6. Die Eintragung der Anerkennung des Kindes im Standesbuch beweist nur die Tatsache der Anerkennung, nicht auch die Tatsache der Abstammung; denn während der Standesbeamte nötigenfalls über die Richtigkeit der Geburtsangaben Nachforschungen halten könnte[2], und daher die Geburtsangaben als solche durch das Standesbuch bewiesen werden, so ist solches in bezug auf die Zeugung des Kindes von selber ausgeschlossen: der Anerkennungseintrag beweist nur die Anerkennung, nicht die anerkannte Tatsache der Erzeugung. Daher ist

a) eine solche Anerkennungseintragung nicht wegen Unrichtigkeit des Anerkennungsinhaltes zu löschen, denn die Anerkennung ist rechtsgültig erfolgt, und etwas anderes soll die Eintragung nicht besagen[3]. Vgl. S. 355.

b) Sodann ist es völlig unrichtig, den Standesbeamten wegen intellektueller Fälschung zu bestrafen, wenn er im Bewußtsein der Unrichtigkeit des Anerkannten einen derartigen Eintrag macht. Es wäre ebenso, wie wenn man den Richter wegen intellektueller Fälschung verantwortlich machen wollte, falls er etwas in dem Bewußtsein protokolliert, daß ihm der Zeuge Unrichtiges ausgesagt hat. Der Standesbeamte hat hier nur zu protokollieren, nicht festzustellen[4]. Ganz unrichtig war früher die Praxis der Strafsenate, welche seltsamerweise in solchen Fällen den Standesbeamten verurteilten[5].

---

[1]) Unrichtig RG. 6. Oktober 1910, JW. 39 S. 752.

[2]) § 21 PersStG.

[3]) RG. 13. Februar 1908, Entsch. f. G. 9 S. 143 (= Entsch. 68 S. 61), Colmar 14. Januar 1910, M. 21 S. 279 und die dort zitierten Entscheidungen.

[4]) Dem entspricht die oben erwähnte Entsch. des RG. in Zivilsachen vom 13. Februar 1908.

[5]) So RG. 24. Januar 1895, Entsch. St. 26 S. 408.

II. Abschnitt.

Erweiterte Familie. Verwandtschaft und Schwägerschaft.

A. Allgemeines.

§ 78.

I. Die kombinierten Kindschaften führen zur Verwandtschaft. Der Grad der Verwandtschaft zweier Personen wird festgestellt, indem man von Kindschaft zu Kindschaft weiterschreitet und so von der einen Person zur anderen gelangt; so bemißt sich der Grad der Vorfahren in aufsteigender, der der Abkömmlinge in absteigender Linie; der Grad der Seitenverwandten aber berechnet sich, indem man zum gemeinsamen Vorfahren auf- und dann wieder absteigt (§ 1589). Daß die Verwandtschaft stets eine doppelseitige ist, ergibt sich hieraus von selbst.

II. Die Verwandtschaft läßt sich auch so bezeichnen, daß man eine Person mit all ihren Abkömmlingen als Einheit behandelt: diese Einheit heißt Parentel oder Ordnung. Geht man hiervon aus, so wird die Verwandtschaft gekennzeichnet durch Angabe der Parentel, und innerhalb der Parentel durch Angabe der Entfernung vom gemeinsamen Stammvater.

III. Die erste Verwandtschaftsberechnung (die römische) ist als die einfachere und praktischere bei uns und auch in anderen Ländern durchweg üblich. Die Parentelfolge ist jedoch für die Beerbung bedeutsam (§§ 1589, 1924f.).

IV. Die Verwandtschaft in Verbindung mit der Ehe bildet die Schwägerschaft: der Verwandte des einen Ehegatten ist mit dem anderen Ehegatten verschwägert, und umgekehrt: wie die Verwandtschaft, so ist auch die Schwägerschaft eine doppelseitige, und es macht keinen Unterschied, daß man auf der einen Seite von dem einen Ehegatten, auf der

anderen Seite von dem Verwandten der anderen Ehegatten ausgeht. Die Schwägerschaft hört nicht auf mit der Lösung der Ehe, aber sie besteht nicht bei nichtiger Ehe (§ 1590), vgl. oben S. 96.

V. Die Schwägerschaft bleibt bei diesen Personen stehen und greift nicht weiter über. Der Ehegatte ist verschwägert mit dem Verwandten des anderen Ehegatten, nicht mit dem Ehegatten des Verwandten des anderen Ehegatten: Schwägerschaft im zweiten, dritten Grade im Sinne des kanonischen Rechts gibt es bei uns rechtlich nicht, wenn auch in der Volksanschauung und in der ungenauen Verwandtschaftsbezeichnung des Publikums solche Übergriffe stattfinden.

VI. Wie die Verwandtschaft in der Hauptsache auf Blut beruht, so die Schwägerschaft auf Blut und Ehe. Es lebt in ihr der fruchtbare Gedanke, daß ein Ehegatte der Familie des anderen Ehegatten nicht fern bleiben darf, ein Gedanke, der auch sozial äußerst fruchtbar ist, weil auf solche Weise die Familien einander angenähert werden. Das kanonische Recht hat diesen Gedanken noch in mystischer Weise weitergesponnen, indem es zwischen den Ehegatten eine Einheit der Personen annahm, und ist auf diese Weise zu der oben bemerkten starken Übersteigerung der Schwägerschaft geführt worden, die wir abgelehnt haben.

VII. Die Beziehungen von Verwandtschaft und Schwägerschaft, die früher bis in weitere Generationen hindurch von rechtlicher Bedeutung waren, sind bei uns äußerst abgedämpft, und das eigentliche Familienverhältnis hat sich in den Kreis von Ehegatten, Eltern und Kindern geflüchtet. Doch gibt es immer noch einige rechtliche Folgen, welche sich an diese Angehörigkeit knüpfen. Sie bestehen darin,

1. daß immer noch gewisse Empfindungen der Liebe und Anhänglichkeit auch gegenüber ferneren Gliedern der Verwandtschaft oder Schwägerschaft anerkannt werden, so daß das Recht in sie nicht störend eingreifen soll. Daher die Bestimmungen über die Befugnis der Zeugnisverweigerung (§§ 383 f. ZPO., §§ 51 f. StPO., §§ 187 f. MilitStPO.) und die Bestimmungen über die Stellung der Angehörigen im Strafrecht (§§ 52, 54, 232, 247, 257, 263, 292 StGB.).

2. Einer Rücksicht auf diesen Zusammenhang entspringt auch das Gebot der Reinheit der Familie, von dem bereits bei der Ehe gesprochen wurde, das sich aber außerdem noch in den strafrechtlichen Inzestbestimmungen äußert (§ 173 StGB.).

VIII. Alle diese Beziehungen sind in den verschiedenen Rechtsgebieten zerstreut und lassen keine einheitliche rechtliche Behandlung zu. Anders verhält es sich aber 1. mit der Beerbung, in der sich das Familienrecht verankert hat, und anders 2. mit der Unterstützungspflicht und dem Familienopfer, in denen noch ein Teil des alten Familienrechts waltet. Das Erbrecht ist Gegenstand besonderer Behandlung, von Unterstützungspflicht und Familienopfer ist nunmehr zu sprechen.

B. Unterstützungspflicht und Familienopfer.

I. Normale Pflicht.

1. Unterstützungspflicht im allgemeinen.

§ 79.

I. Eine direkte Vermögensfolge der Familie ist die Unterhalts- oder, wie das Schweizer Gesetzbuch viel treffender sagt, die Unterstützungspflicht. Nahe Verwandte sind bei wirtschaftlicher Bedürftigkeit von ihren Verwandtschaftsgenossen soweit zu unterstützen, daß sie nicht nur ohne zu betteln leben können, sondern auch ein standesgemäßes Dasein zu führen vermögen.

Diese Unterstützungspflicht ist ein Überrest der Gemeinschaft des Familienvermögens; wo diese Gemeinschaft gilt, wie bei der Gemeinderschaft[1]), ist es selbstverständlich, daß aus dem gemeinschaftlichen Vermögen ein jedes Mitglied die notwendige Unterstützung erhält. Diese Gemeinderschaft haben wir aufgehoben, aber die Unterstützungspflicht ist als Rest übrig geblieben.

II. Die Unterstützungspflicht ist eine endgültige, keine vorschüßliche. Während die Unterstützungen der Armenbehörde in den meisten Ländern als vorschüßliche erklärt

---

[1]) Vgl. Schweizer ZGB. a. 339.

werden, mindestens soweit sie Personen über 14 oder 18 Jahren betreffen[1]), so daß der Unterstützte seinerzeit, wenn möglich, vollen Ersatz leisten muß, so ist das Unterstützungsrecht des BGB. nicht auf Vorschuß und Nachschuß angelegt, und derjenige, welcher solche bürgerliche Unterstützungen genossen hat, ist nur moralisch gehalten, sich dankbar zu erweisen, aber er ist nicht zu Ersatzleistungen rechtlich verpflichtet.

III. 1. Die Unterstützungspflicht ist eine Leistungspflicht, nicht des Schuld-, sondern des Familienrechtes. Daraus geht hervor: sie wird stets von familienrechtlichen Motiven beherrscht; ihre zwei Hauptmomente sind: Bedürftigkeit auf der einen und Leistungsfähigkeit auf der anderen Seite. Mit dem Augenblick, wo das eine oder andere Moment sich ändert, ändert sich die Unterstützungspflicht. Zwar kommt auch bei der schuldrechtlichen Unterstützungspflicht die Schwankung des ersten Momentes in Betracht, nicht aber die des zweiten.

2. Die Bedürftigkeit ist die Unmöglichkeit, sich den Lebensunterhalt selbst zu verschaffen, sei es durch eigenes Vermögen, sei es durch eine der Persönlichkeit, ihren Kräften und ihrem Bildungskreise angemessene Arbeit (§ 1602). Wer genügendes Vermögen hat, ist nicht dürftig, auch wenn die Einkünfte nicht hinreichen und er von seinem Kapital zehren muß: er hat kein Recht, seine Verwandten zur Schonung seines Kapitals in Anspruch zu nehmen; und wer sich durch Arbeit erhalten kann, ist niemals dürftig.

Arbeitslosigkeit kann natürlich zur Dürftigkeit führen, verschuldete Arbeitslosigkeit kommt nur für den notdürftigen Unterhalt in Betracht.

3. Unterstützungspflichtig ist der Leistungsfähige; leistungsfähig ist derjenige, dessen Nettoeinkünfte neben seinem standesmäßigen Unterhalt es gestatten, dem Verwandten eine angemessene Unterstützung zu leisten. Nötigenfalls hat er auch sein Kapital anzugreifen, aber doch nur so,

---

[1]) Preuß. G. 8. März 1871 (11. Juli 1891) § 68, Württemberg 17. April 1873 a. 3, Baden 5. Mai 1870 § 5, Mecklenburg 1871 § 5 u. a. Nach gemeinem Recht war allerdings ein solcher Ersatzanspruch abzulehnen, RG. 20. Oktober 1885, Entsch. 14 S. 197.

daß mit dem rückständigen Kapital und seinen Erträgnissen in der Zukunft genügend für ihn gesorgt ist. Zu einer Änderung seiner Lebensverhältnisse ist er nicht verpflichtet (§ 1603).

IV. Daraus ergibt sich von selbst folgendes:

1. Eine Entscheidung über künftigen Unterhalt macht zwar in bezug auf die Grundlagen des Unterhaltsrechts eine *res judicata,* welche nur nach den §§ 323 und 767 ZPO. umgestoßen werden kann; was dagegen die Höhe der Unterhaltsbeträge betrifft, so ist die Entscheidung immer nur *rebus sic stantibus* gegeben und kann daher ohne weiteres infolge veränderter Umstände gewandelt werden, denn die Leistungsfähigkeit kann sich jeden Augenblick ändern[1]).

2. Für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit gilt folgendes: bei der Gütertrennung werden beide Ehegatten in ihrer Unterhaltspflicht selbständig behandelt; die ehemännliche Nutznießung (und dasselbe gilt von der elterlichen Nutznießung am Vermögen eines unterhaltspflichtigen Kindes) wird bei der Unterstützungspflicht der Ehefrau unberücksichtigt gelassen, denn der Nutznießer darf nicht das Vermögen den unterstützungsberechtigten Verwandten entziehen; bei der Gütergemeinschaft aber wird das Vermögen als Einheit betrachtet, und für jeden Ehegatten wird das ganze Gemeinschaftsvermögen berechnet (§§ 1604, 1605).

Eine Änderung in den Ehegüterverhältnissen kann daher eine Änderung in der Unterstützungspflicht herbeiführen, auch wenn diese urteilsmäßig in ihrer Höhe festgesetzt ist[2]).

V. Die familienrechtliche Unterstützungspflicht zeigt vielfach eine ähnliche Struktur wie die Schuldrechtsverhältnisse: auch hier gibt es Leistungen und Leistungspflichten mit allen ihren Zutaten, insbesondere mit der Möglichkeit der Sicherung durch Bürgschaft, Pfand und Hypothek und mit der Möglichkeit der Vollstreckung nach allen Richtungen hin. Auch sonst herrscht die Analogie des Schuldrechtes: diese wird überall da durchschlagen, wo nicht die Eigenheit des Familienrechts Besonderheiten herbeiführt. So gelten die

---

[1]) RG. 23. März 1910, JW. 39 S. 477.

[2]) Hamburg 5. Mai 1903, M. 7 S. 53. Vgl. oben S. 271.

Grundsätze über Erfüllung, Befriedigung, Deckung; allerdings mit einiger Besonderheit:

a) Die einseitige (nicht vertragsmäßige) Aufrechnung ist durch den Zweck des Instituts ausgeschlossen[1]).

b) Der Verzicht kann nur für die Vergangenheit wirken, nicht für die Zukunft, denn es kann niemand erklären, daß er in Zukunft verhungern wolle (§ 1614)[2]).

c) Es kann hier zwar Mahnungen und Verzögerungen geben, aber es gibt keinen eigentlichen Verzug, und es ist ein technischer Fehler, wenn in § 1613 von Verzug die Rede ist.

In dieser Beziehung gilt vielmehr folgendes:

α) Die Unterstützung ist an sich eine Unterstützung von Augenblick zu Augenblick. Ist der Augenblick verflogen, so kann eigentlich eine dem Augenblick entsprechende Unterstützung nicht nachgeholt werden, wohl aber kann eine Schadenersatzpflicht begründet sein dafür, daß dem Augenblick nicht sein Recht geworden ist, sei es nun, daß jemand in Not geriet, der standesgemäß hätte leben können, sei es, daß ihm Bildungsmittel verschlossen wurden, die für sein Leben bedeutsam gewesen wären, sei es, daß er für seinen Lebensunterhalt bei dritten Personen borgen mußte.

Noch mehr, die Unterstützung des Augenblicks kann es erfordern, daß schon vorher die Mittel zugestanden werden, um für den Augenblick gewappnet zu sein; daher als Regel die Quartalsvorausleistung (§ 1614), und bei der Kindesunterstützung die Vorauszahlung in bestimmten, von den Eltern festgesetzten Zeiträumen (§ 1612).

Eine Vorausleistung in höherem Maße dagegen würde wiederum den familiären Zweck gefährden, denn sie wäre ein Anreiz, im gegenwärtigen Augenblick zu verbrauchen, was die Zukunft bedarf, weshalb eine solche stärkere Vorausleistung den Verpflichteten für die Zukunft nicht befreit.

β) Schadenersatz wegen Nichtleistung setzt nicht bloß voraus, daß die schuldige Leistung unterblieb, vielmehr muß die Unterstützungspflicht dem Verwandten in einer solchen

---

[1]) Hamburg 6. April 1910, M. 21 S. 247.

[2]) RG. 9. Dezember 1901, Entsch. 50 S. 96.

Weise nahe gelegt worden sein, daß die Unterlassung als schwere Verletzung der Familienrücksicht erscheint. Man denke sich den Fall, daß der Sohn seinen schwachsinnigen Vater einfach seinem Schicksal überließe, so daß sich mitleidige Seelen seiner annehmen müssen! Hier wird sich der Schadenersatz in Gestalt der Vergütungspflicht von selbst ergeben. Sonst wird es vielfach bedeutsam sein, wenn der Pflichtige noch besonders an seine Pflicht erinnert worden ist (§ 1913), da er möglicherweise die bedrängte Lage des Verwandten nicht kennt; allein diese Erinnerung ist nicht der einzige maßgebende Faktor, jedenfalls unterliegt sie nicht den Grundsätzen der Mahnung im Schuldrecht; sie kann daher auch dann wirksam sein, wenn der Verwandte, als er angegangen wurde, noch nicht leistungsfähig war, sondern erst später leistungsfähig wurde: er ist trotzdem genügend auf die Sachlage aufmerksam gemacht worden.

γ) Zum Schadenersatz kann die Strafe hinzukommen, wenn der Unterstützungspflichtige trotz behördlicher Aufforderung die Unterstützung nicht leistet (§ 361 Z. 10 StGB.). Die Strafe ist Haft oder auch Geldstrafe; das Delikt ist nicht Straf-, sondern Polizeidelikt: man geht hier von dem Gedanken aus, daß die Durchführung der Unterstützungspflicht zugleich Sache staatlicher Aufsicht und Fürsorge ist.

Und was hierbei das Verhältnis zwischen Strafrecht und Zivilprozeß betrifft, so gelten die gewöhnlichen Grundsätze: Ist durch Zivilurteil ausgesprochen, daß eine Unterstützungspflicht nicht bestehe, so ist eine Bestrafung von selber ausgeschlossen; jedenfalls eine Bestrafung wegen Nichtleistung *in futurum,* denn, wenn auch eine solche Pflicht ehemals bestanden hat, so ist sie nachträglich durch rechtskräftiges Urteil aufgehoben worden; ob dies auch *in praeteritum* gilt, ist nach den Grundsätzen zu behandeln, welche diese Materie beherrschen[1]).

Hierzu kommen noch die Straffolgen der §§ 2333, 2334, 1611 u. a.

---

[1]) Vgl. Dresden 3. April 1911, Goltdammer 61 S. 370, und über das Ganze vergleiche meine Abhandlung in der Festschrift für Klein S. 1f.

d) Die Unterstützungsleistung ist unpfändbar (§ 850 Z. 2 ZPO.); dies gilt von der gesetzlichen Unterhaltsrente, aber auch von demjenigen, was als Ersatz der gesetzlichen Unterhaltsrente dienen kann[1]).

e) Die Unterstützungspflicht erlischt mit dem Tode des einen oder anderen, da mit dem Tode das zugrunde liegende Familienverhältnis untergeht; nur gilt folgendes:

α) Die Vorausleistung, namentlich die Quartalsvorausleistung, welche im Augenblick des Todes schon fällig ist, muß nachgeholt werden, da die Lebensverhältnisse häufig eine Vorauszahlung bedingen.

β) Die Schadenersatzpflicht überdauert den Tod.

γ) Stirbt der verarmte Verwandte, so ist, soweit die Beerdigungspflicht nicht durch die Erben erfüllt werden kann, seine Beerdigung ein letzter Rest des unterstützungsweise zu Leistenden, § 1615.

f) Mehrere Unterstützungspflichtige haften nicht als Gesamtschuldner, sondern nach Teilen, und im Zweifel nach gleichen Teilen[2]). Doch kann dies letztere nicht mechanisch durchgeführt werden. Wie, wenn der eine Verpflichtete Millionär ist, der andere nur mit Mühe und Not eine Unterstützung aufbringt! Hier wäre eine mechanische Gleichheit die größte Ungleichheit. Dieses Prinzip wäre um so weniger durchzusetzen, wenn z. B. der eine Verwandte die Naturalverpflegung des einen Kindes, der andere die Geldverpflegung eines anderen übernimmt. Schon dieser Fall zeigt, wie wenig von einer mathematischen Gleichheit die Rede sein kann[3]).

g) Der Unterhaltsanspruch als Familienanspruch kann gegenüber der Vermögensgläubigerschaft nicht im Konkurs geltend gemacht werden. Hier kommt nur ein Schadenersatzanspruch in die Vergangenheit in Betracht (§ 3 KonkO.).

---

[1]) Als solcher ist aber auch zu betrachten, was dem Parens bei der Gutsabtretung als Leibgeding zugesichert wird; denn der Gedanke ist, daß er damit für seine alten Tage, wo er sich von der Arbeit befugtermaßen zurückgezogen hat, seinen gebührenden Unterhalt bekommen soll. Unrichtig Karlsruhe 22. Dezember 1911, Bad. R. 1912 S. 252.

[2]) RG. 24. Januar 1910, JW. 39 S. 237.

[3]) Wie überall im Familienrecht, steht das Angemessene (die Äquitas) über der abstrakten Regel.

h) Was die Schuldanfechtung betrifft, so sind zwei Fälle zu unterscheiden:

α) Es kann vorkommen, daß der Verwandte, trotzdem er an Dritte reichliche Zuwendungen gemacht hat, zwar leistungsfähig geblieben ist, aber keiner wirksamen Vollstreckung unterworfen werden kann, weil er zwar noch genügendes Vermögen hat, dieses aber dem Vollstreckungsangriff schwer zugänglich ist. Oder aber

β) der Verwandte hat infolge seiner Zuwendungen aufgehört, leistungsfähig zu sein.

Im Falle α ist und bleibt er unterstützungspflichtig, und bezüglich seiner kann die Schuldanfechtung stattfinden, wie bezüglich eines gewöhnlichen Schulders, welcher der Vollstreckung untersteht.

Im Falle β hört er auf, unterstützungspflichtig zu sein, er hat sich jedoch durch seine Handlungsweise in den Stand der mangelnden Unterstützungspflicht versetzt.

Hier versagt die gewöhnliche Schuldanfechtung; es wäre auch unstatthaft, die Schenkungsschuldanfechtung auf diesen Fall anzuwenden und etwa Schenkungen anzugreifen, welche er zu einer Zeit gemacht hat, als an die Möglichkeit einer Unterstützungspflicht gar nicht zu denken war. Auch dann wäre ein solches Einschreiten ungerecht, wenn der Unterstützungspflichtige eine Anordnung des Vermögens vornimmt, welche anderweitige Interessen verfolgt, während der Einfluß auf die Unterstützungspflicht nur nebensächlich und zufällig bleibt. Wenn zwei Ehegatten an Stelle der Gütergemeinschaft die Gütertrennung treten lassen, so daß die Unterstützungspflicht des Ehemannes nunmehr nur noch auf seinen Teil fällt, so kann dies an sich keinen Anlaß zum Einschreiten bieten: derartige Anordnungen, welche die Güterverhältnisse verschieben, sind häufig ein Mittel, um eine Gesundung der Vermögensverhältnisse herbeizuführen, und sie müssen daher den Ehegatten um so mehr gestattet sein, als die Gütertrennung ein sehr vernünftiges System der Güterordnung ist.

Anders ist es, wenn eine solche Verschiebung gerade zu dem Zweck gemacht wurde, um die Unterstützungspflicht aufzuheben. Erfolgt ein solches Gebahren zu dem Zwecke, um nicht nur die Vollstreckung zu hindern, sondern

auch die Unterstützungspflicht zu hintertreiben, so ist es doppelt verwerflich, und wer daran teilgenommen hat, der ist doppelt haftbar. Man hat mit § 826 helfen wollen, allein der Fall liegt auf der Fläche der Schuldanfechtung, und es ist nicht abzusehen, warum die Technik der Schuldanfechtung hier nicht gelten sollte[1]).

2. Familienopfer.

§ 80.

I. Von der Unterstützungspflicht wohl zu unterscheiden ist das Familienopfer der Eltern gegenüber den minderjährigen (unverheirateten, d. h. noch nicht durch Ehe ausgeschiedenen) Kindern. Hier handelt es sich nicht um eine Unterstützungspflicht: die Eltern müssen sich diesen Kindern opfern in der Weise, daß sie mit ihnen den letzten Bissen teilen. Dies ist ein Verhältnis, das schon in animalischen Kreisen besteht, eine biologische Notwendigkeit, die nicht etwa erst bei dem genus homo begonnen hat!

II. Das BGB. ist hier grundverfehlt; wenn man den § 1603 Abs. 2 liest:

„Befinden sich Eltern in dieser Lage, so sind sie ihren minderjährigen unverheirateten Kindern gegenüber verpflichtet, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalte gleichmäßig zu verwenden. Diese Verpflichtung tritt nicht ein, wenn ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter vorhanden ist; sie tritt auch nicht ein gegenüber einem Kinde, dessen Unterhalt aus dem Stamme seines Vermögens bestritten werden kann.“

so möchte es scheinen, daß die Eltern die Kinder verhungern lassen dürfen, wenn sie selbst nichts Genügendes haben und unterhaltsfähige Verwandte vorhanden sind: die Eltern dürften in solchem Falle die Kinder diesen Verwandten geradezu vor die Türe legen. Nichts Ungestalteres als solche Annahme: die Eltern würden sich dadurch selbst an den Galgen bringen. Richtig ist vielmehr folgendes:

Die Eltern haben dieses Opfer zu leisten; sie können allerdings zunächst aus den Einkünften, sodann aus dem Kapitalvermögen des Kindes, endlich von unterstützungs-

[1]) Richtig RG. 16. Februar 1904, JW. 33 S. 183. Unrichtig Köln 8. Juni 1904, JZ. 10 S. 54.

pflichtigen Verwandten ihrerseits Unterstützung begehren (§ 1603), und was das Einkommen des Kindes betrifft, so hat sie der Nutznießungsberechtigte natürlich daraus direkt zu entnehmen[1]).

Daraus ergibt sich:

1. Der Elternteil hat nötigenfalls das eigene Kapital anzugreifen, um den Unterhalt zu ermöglichen[2]); ja er hat,

2. wenn ihm die direkten Mittel fehlen, sich durch seine Arbeit soweit fortzuhelfen, daß er den Unterhalt leisten kann[3]); allerdings kann man von ihm nicht gerade verlangen, daß er seinen geordneten Beruf aufgibt, um etwa anderwärts mehr zu verdienen: eine normale Berufs- oder Erwerbstätigkeit, die der Mensch führt, ist sein Recht, und man kann ihn selbst nicht um der Familie willen diesem Beruf entziehen[4]); Beruf ist Recht und Pflicht zugleich.

3. Was aber die Zuziehung anderer Verwandten zum unterstützenden Ersatz betrifft, so unterliegt sie nicht dem geringsten Zweifel. Auch die Mutter kann als unterstützungspflichtige Verwandte herangezogen werden, wenn sie soviel hat, daß das Kind daraus normal erhalten werden kann[5]).

III. Unser BGB. sagt weiter, daß die Eltern bestimmen können, in welcher Art sie dem minderjährigen Kinde den Unterhalt gewähren wollen (§ 1612), ob in Geld oder in Naturalien? ob die Eltern dem Kinde eine Amme nehmen oder die Frau dem Kinde die Brust selbst bieten will! Hier handelt es sich doch nicht um Unterstützung, sondern um das bereits durch die animalische Natur des Menschen gegebene Lebensopfer, und hier ist es doch das erste, daß die Verpflegung naturaliter geschieht und die Mutter das Kind nährt; erst etwas abgeleitet ist es, daß sie dem Kinde eine Amme gibt

---

1) Dies ist im § 1606 am Schluß ungeschickt ausgedrückt.

2) RG. 15. September 1907, Seuffert 63 Nr. 162.

3) RG. 27. September 1909, JW. 38 S. 660.

4) RG. 24. April 1911, Recht 15 Nr. 3330.

5) RG. 18. Februar 1904, Entsch. 57 S. 70, RG. 25. April 1904, JW. 33 S. 339, Dresden 17. November 1905, Seuffert 61 Nr. 114, Jena 1. April 1905, R. 9 Nr. 1149.

oder es mit dem Soxlethkocher aufzieht. Das Gegenteil hieße die Natur umkehren.

Dem entspricht es auch, daß nötigenfalls die Obervormundschaft das Kind aus der Familie herausnehmen kann, denn es handelt sich hier nicht um die Unterstützung, sondern um die mit der animalischen Sorge verbundene Erziehung des Kindes.

Daher muß hier folgendes gelten:

1. Der Elternteil kann die Lebensreichung nach den Umständen wechseln, und wenn er bisher dem Kind eine Rente bezahlt hat, es in Naturalverpflegung nehmen[1]).

2. Der Elternteil kann die Art und Weise der Verpflegung des Kindes nur dann bestimmen, wenn eine solche Verpflegung in einer dem Kinde zuträglichen Weise möglich ist, also nicht z. B., wenn er im Gefängnis sitzt, oder wenn ihm durch die Obervormundschaft nach § 1666 die Ausübung der Gewalt vollkommen entzogen und er damit aus dem persönlichen Verkehr mit dem Kinde gesetzt ist[2]), oder wenn nach § 1635 oder in einer anderen Weise das Kind der Pflege des andern Elternteils überlassen wurde[3]); so auch beispielsweise, wenn das Kind einer besonderen Pflege bedarf, welche die Mutter oder ein Dritter besser als der Vater zu leisten vermag[4]).

3. Die Abhängigkeit von der Erziehung zeigt sich auch in der Wahl des Berufsstandes und den Mitteln, welche dafür dem Kinde zur Verfügung zu stellen sind[5]). Vor allem kommt hierbei die Begabung des Kindes in Betracht und die durch die Begabung vorgezeichnete Bestimmung für den

---

[1]) Ist ein Urteil auf Rente ergangen, so kann der Elternteil nach § 767 ZPO. eine entsprechende Veränderung verlangen, Köln 22. Juni 1911, M. 26 S. 238, Hamburg 29. April 1913, Recht 17 Nr. 1891.

[2]) KG. 17. November 1903, M. 9 S. 456, Naumburg 26. April 1907, M. 17 S. 264, Oberstes LG. München 30. März 1907, Seuffert 63 Nr. 25.

[3]) RG. 29. Juni 1910, Entsch. 74 S. 76, Hamburg 25. Juni 1910, M. 21 S. 245.

[4]) Oberstes LG. München 4. März 1910, M. 21 S. 267, Karlsruhe 8. November 1912, Bad. R. 1912 S. 271, Darmstadt 4. Juli 1913, Hess. Rechtspr. 1914 S. 242.

[5]) Hier ist auf die Ausführungen über die Erziehung (unten S. 415 f.) zu verweisen.

Lebensberuf. Ist diese erkannt, dann soll womöglich der Stimme des Schicksals entsprochen werden. Sind auf solche Weise die Erziehungskosten der Kinder ungleich, so ist dies nur eine scheinbare Ungleichheit; denn die Gleichheit besteht darin, daß jedes Kind nach der ihm vom Schicksal zugewiesenen Bestimmung behandelt wird. Daß infolge dieser Verschiedenheit unter Umständen eine Ausgleichung geschehen soll (§ 2050), ist nur insoweit annehmbar, als mit den Erziehungsaufwendungen unnötige Luxusausgaben verbunden sind[1]).

Sodann soll der einmal angebahnte Bildungsgang fortgesetzt und nicht unterbrochen werden. So wenn der Gelehrtenberuf begonnen worden ist und es sich um das Weiterstudium auf einer Hochschule handelt[2]). Natürlich müssen dann auch die mit einem solchen Beruf verbundenen standesmäßigen Einrichtungen und die davon unzertrennlichen Lebensleistungen mit in den Unterhalt einbezogen werden, so z. B. die Kosten des Einjährigen-Freiwilligen-Dienstes[3]).

Anders würde es sich z. B. verhalten, wenn eine Tochter, lediglich um nach außen hin zu prunken, Klavierstunden haben wollte, obgleich ihr das Talent fehlt.

Danach ist es zu beurteilen, ob das Kind im Elternhaus bleiben soll oder sonstwo unterzubringen ist[4]).

IV. Ähnlich der Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen, unverheirateten Kindern ist die Unterhaltspflicht unter Ehegatten: auch hier handelt es sich nicht um Unterstützung, sondern um Familienopfer. Dies versteht sich von selbst. Die Ehegatten haben, wenn sie arm sind, ihre Armut gemeinsam zu tragen und sich gemeinsam Entbehrungen aufzuerlegen — auch das ist bereits animalisch —, und dies gilt natürlich auch dann, wenn neben den Ehegatten noch minderjährige Kinder zu unterstützen sind, was das BGB. in der geschmackvollen Weise ausdrückt: der Ehegatte steht den minderjährigen, unverheirateten Kindern gleich (§ 1609);

---

[1]) Vgl. Enzyklopädie II S. 175f.

[2]) RG. 23. März 1910, Recht 14 Nr. 1984, RG. 11. November 1909, Recht 13 Nr. 3790, Dresden 28. April 1909, M. 21 S. 246.

[3]) Hamburg 14. Januar 1907, M. 14 S. 246.

[4]) Bayer. Oberstes LG. 26. April 1912, M. 26 S. 244.

was vielleicht noch geschmackvoller in der Art hätte ausgedrückt werden können: der Ehegatte gilt im Sinne des Gesetzes als minderjähriges unverheiratetes Kind!

Daß, wenn die Ehegatten getrennt leben und der Ehemann der Frau eine Geldrente zu leisten hat, dies in geringerem Maße zutrifft, versteht sich von selbst.

3. Umfang.

§ 81.

I. Die Unterstützungspflicht geht regelmäßig auf den standesmäßigen Unterhalt (§ 1610), d. h. auf einen Unterhalt, wie er in den Kreisen, denen der zu Unterstützende angehört, üblich ist; und da die Lebensstufen innerhalb der Bevölkerungskreise wieder verschieden sind, so wird der bisherige Lebensbetrieb der Person mit in Betracht kommen, jedoch mit der Besonderheit, daß

1. unnötiger Luxus völlig fernbleiben muß,
2. die Person sich mit Rücksicht darauf, daß sie auf fremde Kosten lebt, alle zuträglichen Beschränkungen auferlegen muß.

II. Die standesmäßige Unterstützung ist eine Unterstützung für den gesamten Lebensbedarf, also für Ernährung, Obdach, Heizung, Krankenpflege, auch für den Unterhalt der Kinder, Begräbnis des Unterhaltsberechtigten und seiner Familiengenossen, worüber noch die besondere Bestimmung des § 1615 gilt. Auch Kosten geistiger Fortbildung können hierher gehören, wenn die Fortbildung nach bestimmter Richtung begonnen hat oder durch entschiedene Begabung angezeigt ist. Dagegen nicht Aufwendungen, welche die äußeren Lebensschicksale der Person betreffen, z. B. die Kosten einer Ehescheidung[1]) oder einer Wahlpropaganda.

III. 1. Unter Umständen beschränkt sich die Unterstützung auf den notdürftigen Unterhalt, so daß nicht der Unterhalt in standesgemäßer Weise, sondern nur der Unterhalt nach Maßgabe einer niederen Lebensstellung und einer niederen Lebensführung gewährt wird, also wie im Armenrecht Obdach, unentbehrliche Lebsucht, die nötige Pflege in

[1]) Hamburg 17. Februar 1906, M. 12 S. 321.

Krankheitsfällen und ein angemessenes Begräbnis[1]), wobei man noch voraussetzt, daß der Unterstützte seine Arbeitskraft, in welcher Art auch immer, selbst in nicht standesgemäßer Weise zum Zwecke des Geldverdienstes verwendet[2]).

2. Eine Herabsetzung des Unterhaltes nach dieser Richtung hin kann nur unter gewissen strafwürdigen Verhältnissen eintreten (§ 1611)[3]).

Diese können liegen

a) in dem Grund der Armut, sofern das unsittliche Treiben den Unterhaltsberechtigten um seine Existenz gebracht, z. B. wenn er durch Diebereien oder Liederlichkeit seine Stellung verscherzt hat, oder

b) in Unsittlichkeiten des Abkömmlings, welche eine Entziehung des Pflichtteils rechtfertigen würden (§ 2333 Z. 5),

c) in speziellen Pflichtwidrigkeiten gegen den Unterhaltspflichtigen.

d) Dem Ehegatten braucht man nur einen notdürftigen Unterhalt zu geben, wenn ein Ehescheidungsgrund vorliegt, infolgedessen ihm auch der Pflichtteil entzogen werden könnte, z. B. ein Ehebruch, §§ 2335 und 1611[4]).

3. Eine Minderung des Unterhaltes zu einem notdürftigen tritt von dem Momente ein, in welchem das sittliche Verhalten den Unterhaltsberechtigten in der Familiensphäre herunterdrückt; er tritt ein, auch wenn dieses sittliche Mindermaß erst später erkannt wird. Allerdings, die einmal gewährte Unterstützung darf nicht mehr herausverlangt werden: dies würde dem Charakter des Familienverhältnisses widersprechen, bei dem nicht ein strenges Soll und Haben gilt[5]); liegt aber der Fall vor, daß für die Vergangenheit eine Unterhalts-

---

[1]) Vgl. Preuß. AusfG. z. UnterstWG. von 1870, § 1.

[2]) Badisches Gesetz vom 5. Mai 1870 über Armenpflege: „unentbehrlicher Unterhalt nach Maßgabe des Bedürfnisses und unter Verwendung der etwa vorhandenen Arbeitskraft, Erziehung, Unterricht, Erwerbsbefähigung der Kinder, ärztliche Behandlung und Verpflegung der Kranken, Bestreitung des Begräbnisses“.

[3]) Vgl. RG. vom 7. Oktober 1907, JW. 36 S. 711.

[4]) KG. 15. März 1907, M. 15 S. 415.

[5]) RG. 8. März 1906, Entsch. 63 S. 38.

entschädigung zu leisten ist, dann darf auch für die vergangene Zeit der Unterhalt auf das Notdürftige berechnet werden, selbst wenn die Verfehlung erst nachträglich bekannt wurde[1]).

4. Da die Gründe der Minderung der Unterstützung relativ und individuell sein können, so ist es bei mehreren Unterstützungspflichtigen möglich, daß bezüglich des einen der Fall der notdürftigen Unterstützung gegeben sei, bezüglich des anderen nicht; hier kann der Bedürftige zwar von den übrigen Verpflichteten, bei denen er nicht in der gleichen mindernden Rechtslage steht, seinen normalen Teil verlangen, wie wenn sich alles in Ordnung verhielte, nicht aber eine Ergänzung desjenigen Teils, der ihm infolge seiner Unwürdigkeit gemindert wird.

4. Familienorganisatorischer Charakter.

§ 82.

I. Die Unterstützungspflicht unterliegt demselben familienorganisatorischen Gedanken wie das Verwandtenerbrecht und steht daher mit ihm in begreiflichem Parallelismus.

Daß zuerst die Abkömmlinge verpflichtet sind, und zwar nach Stammesfolge, dann die Aszendenten, und zwar zuerst der Vater, dann die Mutter, dann die Großeltern, diese nach Köpfen ohne Rücksicht auf ihre Erbteile, versteht sich von selbst; denn die Linienspaltung des Vermögens in der Großelternfolge beruht auf Gründen, welche auf die Unterstützungspflicht nicht passen (§ 1606). Was übrigens in § 1606 von „gleichen Teilen“ gesagt ist, unterliegt der obigen Korrektur: es will damit nur die Linienteilung ausgeschlossen werden; die Teile können bei erheblicher Verschiedenheit der Leistungsfähigkeit verschieden sein.

II. Das BGB. beschränkt diese Familienpflicht der Unterstützung auf die auf- und absteigende Linie und erkennt eine Unterstützungspflicht unter Geschwistern nicht an (§ 1601), was ein großer Fehler ist. Allerdings ist das Band der Geschwister so locker, daß eine starke Inanspruchnahme nicht angemessen ist; wohl aber ist dann eine Unterstützungs-

---

[1]) Vgl. Süssheim in Grünhut 29 S. 495.

pflicht angezeigt, wenn das eine Geschwister in besonders guten Verhältnissen lebt: hier ist es nicht nur unmoralisch, sondern sogar rechtswidrig, wenn es das andere Geschwister darben läßt[1]).

III. Die Familiengenossen der geraden Linie werden in der angeführten Stufenfolge zur Pflicht gerufen, der spätere kommt nur an die Reihe, wenn der frühere

1. nicht leistungsfähig ist: der leistungsunfähige wird als nicht vorhanden betrachtet[2]);

2. wenn der frühere zwar leistungsfähig ist, aber wegen Erschwerung des Rechtsbetriebes nicht mit Erfolg in Anspruch genommen werden kann, mindestens nicht in der Weise, daß dem Unterhaltspflichtigen gedient ist[3]), z. B. wenn er im Auslande lebt oder nur schwer beitreibliches Vermögen hat.

Im Falle zu 1 hat der Leistende keinen Rückgriff gegen den Leistungsunfähigen, auch wenn dieser in späterer Zeit leistungsfähig sein sollte; im Falle zu 2 aber findet ein Rückgriff statt: denn im 1. Fall hat der in 2. Reihe Stehende bezahlt, was er allein zu zahlen schuldig war, da der frühere Verwandte wegen Leistungsunfähigkeit überhaupt wegfiel; dagegen hat im zweiten Falle der fernere Verwandte für den näheren etwas bezahlt, wozu dieser zunächst verpflichtet war; er hat also für einen anderen bezahlt, und dieser muß ihm darum Ersatz leisten (§ 1607). Um den Rückgriff zu sichern, wird er dem Erstverpflichteten zweckdienlich eine Mahnung zukommen lassen (§ 1613), obgleich der Anspruch zwar ein Ersatzanspruch, aber kein Schadenersatzanspruch ist.

Der Ersatzanspruch ist so gedacht, daß der Ersatzberechtigte in den Anspruch gegen den eigentlichen Unterstützungspflichtigen eintritt[4]); kraft dieses Eintritts verlangt er seinerseits die entsprechenden Unterstützungsraten, er unterliegt daher der Verjährung des § 197 BGB.[5]). Ob der

---

1) Richtig Schweizer ZGB. §§ 320, 329.

2) RG. 22. September 1902, Entsch. 52 S. 193.

3) Colmar 23. Dezember 1910, Recht 15 Nr. 348.

4) Braunschweig 16. Februar 1900, Seuffert 55 Nr. 145.

5) München 19. Januar 1912, M. 24 S. 275.

Leistende den Rückgriff geltend macht, hat er natürlich allein zu entscheiden; er kann darauf verzichten, auch wenn etwa der Unterstützte aus persönlichem Interesse einen solchen Zugriff wünscht[1]).

IV. In allen Fällen wäre eine Unterstützung im häuslichen Kreise das dem Familienrecht Angemessenste; so insbesondere, was die Unterstützung der Kinder, auch der volljährigen (unverheirateten) Kinder durch die Eltern betrifft; hier haben denn auch die Eltern ein freies Bestimmungsrecht, vorbehaltlich der Anordnung des Vormundschaftsgerichts, welches im Falle der volljährigen Kinder als Familiengericht fungiert. Vielfach aber paßt die Naturalverpflegung nicht in unsere Verhältnisse: sie entspricht eben den Verhältnissen vertrauten Familienlebens. Dazu kommt das Weitere, daß die Lebensauffassung und die Lebensbedingungen der alten und der jungen Generation häufig sehr verschieden sind, und diese Verschiedenheit trägt den Keim des Konfliktes in sich. Daher führt die Naturalverpflegung der Vorfahren durch die Abkömmlinge häufig zu einem Martyrium; der Greis, der nichts mehr wirtschaftlich leistet, hat in der Familie oft den Kelch der Demütigung bis zur Neige zu leeren. Die Erfahrungen bei der Agrar- wie bei der Industriebevölkerung sind in dieser Hinsicht sehr betrübend; die Pietät versinkt oft hinter der Habsucht und der individuellen Bequemlichkeit. Wo immer möglich, soll darum der Unterhalt der Vorfahren ein Rentenunterhalt sein, so daß sie für sich leben und nach ihrer Art und ihrer Lebensauffassung den Segen der letzten Lebenstage genießen können. Das ist zugleich auch im öffentlichen Interesse; der Vorfahre kann nicht etwa statt solcher Geldrente die Einlagerung bei den Kindern vorziehen, da ein solches Zusammenleben nicht nur der jüngeren Generation schwere Bedrängnis bereiten kann, sondern auch früher oder später oft zu Konflikten häßlicher Art führt, welche im allgemeinen Interesse vermieden werden sollen. Sind allerdings die Kinder nicht zu einer Geldunterstützung fähig, so muß das Unvermeidliche in Kauf genommen werden (§ 1612).

---

[1]) Hamburg 2. März 1908, M. 17 S. 265.

5. Armenrecht.

§ 83.

I. Das Verhältnis der Armenunterstützungsverbände zu dem Unterstützungspflichtigen richtet sich nach den Regeln des öffentlichen Rechtes. Der Ersatzanspruch der Armenkasse an die Unterstützungspflichtigen ist ein öffentlich-rechtlicher, und die Frage des Ersatzes oder Nichtersatzes wird durch das öffentliche Recht geregelt; vgl. a. 103 BGB., § 62 UnterstWG. und die entsprechenden Landesgesetze, z. B. Preußen 8. März 1871 §§ 65f., 68, Sachsen 22. Oktober 1840 §§ 5f., Wüttemberg 17. April 1873 §§ 3 und 48, Bremen 4. September 1884 §§ 1f. u. a.[1]).

II. Daher findet namentlich der § 1613 keine Anwendung: die Hilfe des Unterstützungsverbandes charakterisiert sich nicht, wie in §§ 1607, 1613 vorausgesetzt wird, als das Eintreten eines zufälligen Dritten in ein Unterstützungsverhältnis, sondern als eine allgemeine öffentlich-rechtliche Pflicht, welche als Pflicht vorschüßlicher Leistung von selbst zum Rückgriff gegen den Unterstützungspflichtigen führt[2]).

III. Ist aber nach solchen öffentlich-rechtlichen Gründen ein Ersatzrecht gegeben, so vollzieht sich dieses Ersatzrecht dadurch, daß kraft öffentlichen Rechts der Armenverband in die bürgerlich-rechtlichen Ansprüche des Unterstützten gegen den Unterstützungspflichtigen eintritt: die Subrogation erfolgt kraft öffentlichen Rechts, das kraft Subrogation erworbene Recht aber ist bürgerlich-rechtlich, und es gelten hierfür die privatrechtlichen Bestimmungen, vor allem die Bestimmungen des § 197 BGB. über die Verjährung[3]).

---

1) Sachsen hat in § 5 die Bestimmung: „Wenn Seitenverwandte und verschwägerte Personen nicht vermöge eines besonderen Rechtstitels für ihre verarmten Angehörigen zu sorgen verbunden sind, so können sie doch von den Armenverbänden zur Erfüllung der ihnen obliegenden moralischen Verpflichtungen auf angemessene Weise aufgefordert werden."

2) Vgl. Karlsruhe 19. März 1910, Bad. R. 1911 S. 46, Kiel 7. Juli 1911, Seuffert 66 Nr. 241.

3) RG. 23. Dezember 1909, Entsch. 72 S. 334.

IV. Ob umgekehrt ein nicht unterstützungspflichtiger Privater, welcher Unterstützung geleistet hat, vom Armenverband Ersatz verlangen kann, richtet sich völlig nach öffentlichem Rechte[1]).

II. Anomale Unterstützungspflicht.

1. Allgemeines.

§ 84.

I. Eine anomale Unterstützungspflicht ist die Unterstützungspflicht 1. gegenüber dem geschiedenen Ehegatten, 2. die Unterstützungspflicht des Erzeugers gegenüber dem unehelichen Kinde.

II. Beide sind Institute nicht schuldrechtlicher, sondern quasifamiliärer Natur, welche daher im allgemeinen den Normen der familiären Unterstützung folgen; daher ist insbesondere die Unterstützungspflicht gegenüber dem geschiedenen Ehegatten nicht prinzipiell von der Unterhaltspflicht während der Ehe verschieden, weshalb der Übergang von der einen zur anderen keine Klageänderung darstellt[2]). Dies ergibt sich auch aus der Gleichstellung in § 528 BGB.

III. Die Pflicht folgt im allgemeinen nicht der schuldrechtlichen, sondern den familienrechtlichen Grundsätzen, daher

1. Der Unterstützungsanspruch geht auf standesgemäßen Unterhalt (§§ 1578, 1708), der bei dem Kinde natürlich besonders Erziehungsunterhalt ist. Bei dem Ehegatten kann, falls er durch sittliche Verwahrlosung in Not gekommen ist, die Unterstützung zum Notdurftsunterhalt herabgemindert werden (§§ 1580, 1611)[3]).

2. Die Unterstützungspflicht kann sich steigern oder mindern, je nach den Vermögensverhältnissen des Pflichtigen und nach der Lage des zu Unterstützenden; insbesondere kann in Betracht kommen, wenn der Pflichtige sich in seinen Einkünften mehrt[4]), und der andere Teil infolge von

---

[1]) Meist erst von der Benachrichtigung an, z. B. Württemberg 2. Juli 1889 Art. 4 und 5, Baden Gesetz 5. Mai 1870 §§ 6 und 7 u. a.

[2]) Naumburg 28. Januar 1909, M. 18 S. 257.

[3]) KG. 15. März 1907, M. 15 S. 415.

[4]) RG. 23. März 1910 und 12. Januar 1911, JW. 39 S. 477 und 40 S. 281; unrichtig Braunschweig 29. Mai 1908, M. 18 S. 274.

Krankheit und Hinfälligkeit größere Lebensansprüche zu machen hat[1]).

3. Die Unterstützung ist regelmäßig in einer vierteljährlich voraus zahlbaren Geldrente zu leisten (§§ 1580, 1710).

4. Der Anspruch ist unübertragbar und unpfändbar.

5. Er kann nicht im Konkurs geltend gemacht werden (§ 3 KonkO.).

6. Er erlischt mit dem Tode des Berechtigten, vorbehaltlich der geschuldeten Vorausleistung und der etwaigen Schadenersatzpflicht (§§ 1580, 1615, 1713); außerdem bleibt als Rest die Beerdigungspflicht übrig (§§ 1580, 1615, 1713).

7. Leistet ein anderer die Unterstützung, so hat er den Rückgriff (§§ 1580, 1607, 1709).

IV. Im übrigen sind die Grundsätze des Familienrechts bei der Unterstützung des geschiedenen Ehegatten etwas strenger durchgeführt als bei der Unterstützung des unehelichen Kindes. Insbesondere ist hier ausdrücklich folgendes bestimmt:

1. Die Unterstützung der Ehefrau hängt von der Vermögenslage des Ehemannes ab: diese kann durch andere Unterstützungspflichten bedeutend gemindert sein. Das gilt namentlich im Kollisionsfalle, wenn er einem anderen Ehegatten oder minderjährigen Kindern Unterhalt oder Unterstützung zu leisten hat: hier ist nach der Billigkeit des einzelnen Falles zu entscheiden, wieviel der geschiedenen Frau zukommt; eine allgemeine Regel läßt sich nicht geben. Einen unbrauchbaren Versuch einer abstrakten Lösung machen die §§ 1579, 1609 BGB., einen Versuch, der besser unterblieben wäre und in der Praxis nur mit allen möglichen Vorbehalten durchführbar ist[2]). Unter Umständen kann im Kollisionsfall die Unterstützung ganz wegfallen[3]). Über Leistungsfähigkeit gilt ferner das S. 362 Gesagte (§ 1581).

---

[1]) RG. 24. November 1910 und 11. März 1911, JW. 40 S. 155, 454.

[2]) Vgl. RG. 13. März 1911, Entsch. 75 S. 433. Vgl. auch RG. 7. November 1907, Entsch. 67 S. 56. Natürlich ist Satz 2 vom § 1579 Abs. 1 so zu verstehen, daß die Verpflichtung des schuldigen Ehegatten, welcher ein unverheiratetes Kind und einen neuen Ehegatten zu versorgen hat, sich nur dann schmälert, wenn seine Mittel nicht für den standesmäßigen Unterhalt aller ausreichen; reichen sie für alle aus, dann ist keine Minderung begründet.

[3]) RG. 11. April 1901, Entsch. 48 S. 112.

2. Der standesgemäße Unterhalt der Frau wird näher dahin bestimmt, daß die Stellung maßgebend ist, welche die Frau als die Ehefrau ihres Mannes erlangt hat[1]). Mitunter kann ihre gewerbliche Beschäftigung vor der Ehe in Betracht kommen, vielfach aber ist sie durch ihre Ehe völlig aus den früheren Verhältnissen herausgerissen und in andere Kreise gebracht worden: hier darf sie nicht auf ihre frühere Erwerbsstellung wieder herabgedrückt werden[2]), wie man es vielfach in kleinlicher Weise getan hat. Die unschuldige Frau, die unter einer Ehescheidung schwer zu leiden hat, ist so günstig als möglich zu behandeln. Insbesondere ist es etwas anderes, ob eine Frau als Herrin in der Haushaltung tüchtig mitgearbeitet hat, und etwas anderes, ob sie als Dienerin in ein fremdes Haus gehen soll[3]).

3. Der Ehegatte kann Sicherstellung verlangen, entweder sofort oder später, sobald eine Gefährdung dieses Anspruchs erfolgt, der seinen ganzen Lebensbedarf auszufüllen pflegt, § 1580 BGB., § 324 ZPO.

4. Bezüglich des geschiedenen Ehegatten ist der Grundsatz *in praeteritum non vivitur* (§§ 1580, 1613) ausdrücklich ausgesprochen, ebenso die Bestimmung, daß unter Umständen wegen nicht geleisteter Unterstützung ein Schadenersatz zu gewähren ist.

V. Die anomale Natur der Unterstützung des Ehegatten und des unehelichen Kindes bringt einige Besonderheiten mit sich:

1. Bei beiden geht die Unterstützungspflicht über das Leben des Verpflichteten hinaus: mit Recht, denn während bei der Verwandtenunterstützung das Erbrecht einen Ersatz für die durch den Tod erloschene Unterhaltspflicht bietet, ist in beiden Fällen ein Erbrecht nicht gegeben. Doch kann der geschiedene Ehegatte mit der Hälfte der Einkünfte, welche der Verstorbene zur Zeit seines Todes hatte, und das

---

[1]) Karlsruhe 27. November 1912, Bad. R. 1913 S. 45.

[2]) RG. 21. Februar 1910, Bad. R. 1911 S. 274; RG. 6. Juli 1914, Wa. 7 Nr. 363.

[3]) KG. 12. April 1901, M. 2 S. 386. Anders wenn die Frau wieder im Geschäft ihrer Verwandten mithelfen kann, Karlsruhe 21. Febr. 1910, Bad. Rechtspr. 1911 S. 274.

uneheliche Kind mit dem Pflichtteil des ehelichen Kindes abgefunden werden (§§ 1582, 1712). In diesem Falle verliert der Anspruch seinen rein familienrechtlichen Charakter und kann daher im Konkurs geltend gemacht werden (§ 3 KonkO.).

2. Eine Ablösung durch Abfindungsvertrag ist möglich. Hiervon gilt folgendes:

a) Der berechtigte Ehegatte hat sogar, je nach Umständen, einen Anspruch auf Umwandlung in einen Kapitalbetrag (§ 1580).

b) Zwischen dem Erzeuger und dem Kinde kann mit obervormundschaftlicher Genehmigung[1]) eine Abfindung vereinbart werden (§ 1714).

In beiden Fällen liegen eben wesentliche Gründe vor, das gegenseitige Verhältnis ein für allemal zu seiner Erledigung zu bringen, damit die oft gereizten Gegensätze nicht immer wieder aufeinanderplatzen. Allerdings wäre ein derartiger Vertrag mit einer Frau, zugunsten eines etwaigen künftigen Kindes, um die Frau zur Begattung zu bestimmen, ungültig, ungültig auch ein positiver oder negativer Abfindungsvertrag, um einen widerstrebenden Ehegatten durch solche Abfindung zur Scheidung zu bewegen[2]). Allein in solchen Fällen ist der Vertrag nicht an sich nichtig, sondern er ist das durch die der Rechtsordnung widerstrebenden Beweggründe.

Abgesehen davon ist auch vor der Geburt des Kindes ein Abfindungsversprechen zugunsten des Kindes möglich (S. 387).

c) Die Abfindung kommt dem Unterstützungsberechtigten zu: sie ist eine Abfindung in die Zukunft; ob ein Dritter, der bisher dem Kinde Unterstützung gab, auf einen Teil der Abfindung Anspruch hat, hängt von den Umständen ab, im Zweifel ist es zu verneinen[3]).

---

[1]) Über diese Genehmigung vgl. RG. 21. Dezember 1902, Entsch. 56 S. 222, 28. April 1904, Entsch. 57 S. 396.

[2]) Über einen solchen Vergleich unter Ehegatten s. Breslau 4. Oktober 1907, M. 15 S. 414, sodann RG. 28. Mai 1914, Bayr. Z. f. Rechtspfl. 10 S. 257.

[3]) Darmstadt 16. April 1912, Hessen 13 S. 146; vgl. auch LG. Mainz 26. Februar 1912, Hessen 13 S. 213.

3. Ein unentgeltlicher Verzicht auf Unterstützung ist dagegen nichtig; bei dem unehelichen Kinde ist er schon deshalb ausgeschlossen[1]), weil er eine Schenkung wäre, zu der der Vormund nicht befugt ist. Dazu kommt aber noch das weitere, daß ein derartiges Aufgeben der Zukunft auf Grund gegenwärtiger augenblicklicher Stimmungen sittlich und wirtschaftlich bedenklich wäre, weshalb man mit Recht die Nichtigkeit auch bei Verzichten angenommen hat, die vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch erfolgten[2]). Anderer Art ist die oben besprochene Kapitalabfindung, denn bei dieser wird regelmäßig das Kapital angelegt werden und so ein Versorgungsmittel für die Zukunft bilden (§ 1714).

Das Gleiche gilt auch bei dem geschiedenen Ehegatten; wenn dieser später in Not kommt, so kann er sich trotz eines solchen Verzichts an den anderen Ehegatten wenden, und dieser dürfte ihm eine Unterstützung nicht verweigern. Unter diesem Vorbehalt ist auch eine Verabredung über die Höhe der zu leistenden Rente, namentlich in Kollisionsfällen, wirksam[3]).

2. Unterstützung des geschiedenen Ehegatten.

§ 85.

I. Die Ehescheidung löst das Verhältnis der Ehegatten und damit auch die Unterhaltspflicht. Wenn also nachträglich noch von einer Unterhaltspflicht die Rede sein kann, so ist sie ein Überrest der ehemaligen Familienbeziehungen: ein solcher Überrest bleibt zurück kraft des Unrechtes, welches den unschuldigen Ehegatten aus der Familie herausgestoßen und ihn in eine schlimmere Vermögenslage gebracht hat. Daraus ergibt sich: eine Unterstützungspflicht ist nur ge-

---

[1]) Dresden 26. Oktober 1910, Seuffert 66 Nr. 242.

[2]) RG. 9. Dezember 1901, Entsch. 50 S. 96.

[3]) RG. 29. Oktober 1903, Entsch. 56 S. 121, KG. 2. März 1903, M. 7 S. 110, Jena 2. Mai 1903, M. 7 S. 111. Man hat sogar einen vorläufigen Rentenvertrag für den Fall des „günstigen“ Ausganges des Ehescheidungsprozesses als zulässig betrachtet, RG. 26. Mai 1905, Entsch. 61 S. 26, Breslau 4. Oktober 1907, M. 15 S. 414. Dies gilt aber nur unter dem obigen Vorbehalt (S. 380). Richtig RG. 28. Mai 1914, Bayr. Z. f. Rechtspfl. 10 S. 257.

geben, wenn der eine Ehegatte für allein schuldig erklärt ist; sind beide schuldig, so hat keines dem anderen etwas vorzuwerfen.

II. 1. Frühere Rechte gingen davon aus, daß der schuldige Ehegatte dem anderen einen Gleichwert geben solle für die vermögensrechtliche Stellung, welche er in der Ehe hatte, und daß mithin der schuldige Ehemann der Frau grundsätzlich fernerhin den vollen ehelichen Unterhalt zu leisten habe, wobei man allerdings mit Rücksicht darauf einen Abzug machte, daß in der Ehe auch die Frau einen Beitrag zu leisten gehabt hätte. Von diesem ganz sachgemäßen Standpunkt ist leider das Bürgerliche Gesetzbuch abgewichen und hat bestimmt, daß der schuldige Ehemann der Frau dann keinen Unterhalt zu leisten hat, wenn sie aus den Einkünften ihres Vermögens oder aus ihrer Arbeit genügendes verdient (§ 1578), wozu noch in charakteristischer Weise beigefügt wird, sofern nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist — ein Vorbehalt, der in späteren Jahrzehnten nur ein Kopfschütteln erregen wird. Mit anderen Worten: der Ehemann ist nur verpflichtet zur Unterstützung, er ist nicht verpflichtet zum Unterhalt, und die unschuldige Frau ist daher in der Vermögenslage bedeutend geschmälert. Auch hier ist es ein verkehrter Idealismus, der die Verhältnisse des Lebens verschoben hat; natürlich soll die Ehe nicht als Erwerbsinstitut betrachtet werden, aber der standesmäßige Unterhalt der Ehefrau ist auch nicht als ein Gewinn der Ehe zu betrachten, sondern als eine ethische Folge des ehelichen Verhältnisses (§ 1360); und daß der Frau bei Lösung der Ehe diese Stellung genommen wird, ist dann ungerecht, wenn die Lösung der Ehe auf alleiniger Schuld des Mannes beruht.

2. Jedenfalls muß eine Unterstützung, welche die Frau von dritter Seite erhält, unberücksichtigt bleiben, sofern sie der Frau ohne übernommene Verpflichtung freiwillig gereicht wird[1]).

3. Daß andererseits die schuldige Frau dem Manne nur im Fall seiner Notlage Unterstützung zu leisten hat, ent-

---

[1]) RG. 15. November 1909, JW. 39 S. 14.

spricht vollkommen der Pflichtstellung der Frau während der Ehe (vgl. §§ 1578, 1360).

III. Die Unterstützung ist zu leisten, wenn der eine Ehegatte bei der Ehescheidung als der allein schuldige Teil erklärt worden ist; das gleiche gilt aber auch von der Nichtigkeitserklärung der Ehe, wenn hierbei den einen Ehegatten ein alleiniges Verschulden trifft, nach den S. 109f. entwickelten Grundsätzen (§§ 1345—1347)[1]. Das gleiche gilt zugunsten des Geisteskranken, wenn die Ehe wegen Gesteskrankheit geschieden wurde (§ 1583).

IV. Mit einer neuen Ehe tritt der unterstützungsberechtigte Ehegatte in ein neues Familienverhältnis ein, in welchem er seinen Unterhalt und seine Unterstützung suchen soll; das Unterstützungsrecht hört auf (§ 1581).

3. Unterstützungspflicht des unehelichen Erzeugers.

§ 86.

I. Über die anomale Unterstützungspflicht des unehelichen Erzeugers enthält des Schweizer Gesetzbuch in §§ 319, 322[2]) Bestimmungen von klassischer Bündigkeit und treffendem Sinn.

II. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt dagegen einen Überschwall von Anordnungen, aus denen man folgendes herausgelesen hat:

---

[1]) RG. 8. Februar 1912, Entsch. 78 S. 369.

[2]) „Der Richter hat, wenn die Klage begründet ist, dem Kinde ein Unterhaltsgeld zuzusprechen, das der Lebensstellung der Mutter und des Vaters entsprechen, in jedem Falle aber in einem angemessenen Beitrag für die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes bestehen soll.

Das Unterhaltsgeld ist bis zum vollendeten achtzehnten Altersjahre des Kindes zu entrichten, und zwar mit Vorausbezahlung auf die Termine, die der Richter festsetzt.

Das Klagerecht des Kindes wird durch einen von der Mutter abgeschlossenen Vergleich oder von ihr geleisteten Verzicht, der das Kind in seinen Ansprüchen offenbar beeinträchtigt, nicht aufgehoben."

„Die Ansprüche gehen auch gegen die Erben des Vaters.

Diese haben jedoch dem Kinde nicht mehr zu entrichten, als es im Falle der Anerkennung als Erbe zu beanspruchen hätte."

1. Die Unterstützungspflicht sei keine familien- oder quasifamilienrechtliche, sondern eine schuldrechtliche, sie sei daher von den Vermögensverhältnissen des unehelichen Vaters unabhängig, so wenigstens bis zum 16. Lebensjahre des Kindes; dann höre die Unterstützungspflicht in der Regel auf, sie laufe nur dann weiter, wenn das Kind infolge von Gebrechen oder Krankheit sich nicht selbst erhalten kann: in diesem letzteren Falle gehe die schuldrechtliche Unterstützungspflicht in eine familienrechtliche über, und der Vater habe die Unterstützung nur dann zu leisten, wenn er sie unter Aufrechterhaltung seines standesgemäßen Eigenlebens leisten könne (§§ 1708, 1603); denn die Beziehung auf § 1603 Abs. 1 gelte nur für den Fall einer ausnahmsweisen, nicht für den Fall der regelmäßigen Unterstützung, also nur für das nach dem 16. Jahre eventuell zu Leistende.

2. Die Unterstützungspflicht sei eine Schuldpflicht, welche das Vermögen des Vaters wie eine andere Schuld belaste, und wenn er daher eheliche und uneheliche Kinder habe, so seien zuerst die unehelichen Kinder aus seinem Vermögen zu erhalten, während die ehelichen Kinder hungern und frieren können. Die unehelichen Kinder sind also günstiger gestellt, weil sie ein gewöhnliches unbeschränktes Schuldrecht haben, welches nicht nach dem Maßstabe des väterlichen Vermögens und der sonstigen väterlichen Verpflichtungen abgemessen wird, sondern den Erzeuger bis ins Blut trifft, während er den ehelichen Kindern gegenüber nur unter denjenigen Beschränkungen verpflichtet ist, welche dem Familienrecht entsprechen. Den ehelichen Kindern gegenüber sind ja die Eltern nur verpflichtet, die verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden, und wenn das Kind Eigenvermögen hat, so ist der Unterhalt zunächst aus den Einkünften dieses Vermögens zu holen, und wenn die Eltern selber in Not sind, so kann der Stamm des Vermögens des Kindes herangezogen werden (§§ 1602, 1603). Alles dies soll bei dem natürlichen Kinde nicht der Fall sein — eine der größten Seltsamkeiten unseres Jahrhunderts. Und eine nicht minder große Seltsamkeit ist es, daß der Erzeuger alles bezahlen müsse und nicht einmal in Ausnahmefällen eine Minderung verlangen könne, während

doch beispielsweise der allein schuldige Ehemann, welcher nach der Ehescheidung eheliche Kinder zu unterhalten hat, von der Mutter einen Beitrag begehren darf (§ 1585).

3. Der Anspruch gehe auch auf die Vergangenheit und unterliege nur der Verjährung (§ 1711).

4. Wird das Kind in der mütterlichen Familie erzogen, so habe diese einen Rückgriff auf den Vater ohne Rücksicht auf die gegenseitigen Vermögensverhältnisse.

5. Maßgebend für den Unterstützungsbetrag sei lediglich die Stellung und der Stand der Mutter. Der Schauspieler, welcher sich mit einer Prinzessin vergangen hat, muß dem Kind eine Prinzenerziehung bezahlen, und wird daher das Kind in der Prinzenfamilie erzogen, so kann diese die vollen Erziehungskosten vom Erzeuger eintreiben und ihn in Konkurs bringen; und ebenso hat der dürftige Student, der eine Bankierstochter in Ungelegenheiten gebracht hat, dem Kinde für Kinderfrau und Erzieherin zu sorgen, zugleich eine Wäscheausstattung zu zahlen, wie sie in jenen Kreisen üblich ist (§ 1708).

III. Diese Annahmen enthalten eine solche Fülle von Seltsamkeiten, daß sie unmöglich Gesetz sein können. Es gilt vielmehr folgendes:

1. Daß der Anspruch ein familienrechtlicher ist, ergibt sich deutlich aus der KO., denn nach § 3 KO. wird der Anspruch wie ein anderer familienrechtlicher Unterstützungsanspruch, nicht wie ein schuldrechtlicher Verpflichtungsanspruch behandelt.

2. Die Unterhaltspflicht gegenüber dem unehelichen Kind kann nur als Unterstützungspflicht gelten. Unterstützt wird jemand, der der Unterstützung bedarf. Das Kind einer wohlhabenden mütterlichen Familie bedarf keiner Unterstützung. Die Bestimmung des § 1709 kann sich nicht auf diesen Fall beziehen, sondern nur auf den Fall, daß eine arme Familie, der der Unterhalt des Kindes obliegt, eine Entbehrung leidet. Die mütterliche Familie würde skandalös und pflichtwidrig handeln, wenn sie nicht aus ihrem Überflusse dem Kinde so viel zukommen ließe, als nötig, und noch um Unterstützung betteln wollte.

3. Die Erziehung nach Maßgabe des Standes der Mutter ist nicht ein fest begrenzter Begriff, sondern läßt außerordentliche Wandelungen zu; so kann der standesgemäße Unterhalt eines Prinzen in Fürstenfamilien mit spärlichem Einkommen mitunter recht dürftig sein, und auch eine Geheimratstochter ist nicht immer auf Rosen gebettet. Auf solche Weise gibt es immer Gelegenheit zu Abstufungen, und solche Abstufungen sind natürlich auch zu machen, je nach den Vermögensverhältnissen des unterstützungspflichtigen Erzeugers. Daher ist auf seinen Vermögensstand und seine sonstigen Pflichten, insbesondere auf die Pflichten gegen Ehefrau und eheliche Kinder Rücksicht zu nehmen; überall, bei allen Familienunterstützungen muß der Gedanke herrschen, daß ein Familienmitglied das andere leben lassen muß.

4. Für die Vergangenheit kann die Rente nachgefordert werden. Aber auch hier muß eine Einrede begründet werden, wenn die Nachzahlung nicht mehr Unterstützung oder Unterstützungsersatz oder Schadenersatz wäre; so z. B. wenn das Kind von den wohlhabenden Eltern der Mutter erhalten worden ist und durch die mangelnde Unterstützung keinen Schaden erlitten hat.

IV. Vom Abfindungsvertrag und von der obervormundschaftlichen Genehmigung ist oben die Rede gewesen. Hier ist beizufügen, daß, da ein solcher Vertrag das Interesse des Kindes wesentlich beeinflußt, auch die uneheliche Mutter gegen die obervormundschaftliche Genehmigung die Beschwerde hat[1]).

V. Ein Recht des unehelichen nasciturus auf den Bezug künftiger Unterstützung gibt es nicht: vor seinem Dasein besteht kein Unterstützungsrecht. Daher kann in diesem Falle nicht etwa schon zum voraus eine Feststellungsklage erhoben oder ein Arrest ausgebracht werden[2]).

Eine Ausnahme gilt nur für die ersten drei Monate der künftigen Kindesexistenz (§ 1716), für welche bereits zum voraus gerichtlich gesorgt werden kann. Dieser prozessualen Antizipation entspricht es auch, daß die antizipierte Voll-

---

[1]) KG. 14. Mai 1909, M. 21 S. 276.

[2]) Oberstes LG. München 10. August 1911, M. 24 S. 42.

streckung, die vor Geburt des Kindes geschehen kann, den Schutz des § 288 StGB. genießt[1]). Auch das ist bedeutsam, daß schon vor der Geburt des Kindes ein Unterhaltsversprechen zu seinen Gunsten wirksam erfolgen kann (S. 380).

VI. Es ist sehr fraglich geworden, ob die Bestimmung des § 361 Ziff. 10 StGB., wonach der Unterhaltspflichtige, wenn er die Unterstützung nicht leistet, polizeilich gestraft werden kann (oben S. 364), auch auf den unehelichen Erzeuger Anwendung findet. Das Kammergericht hat dies ständig verneint[2]); dem ist zuzustimmen, denn der Gedanke des § 361 Ziff. 10 kann doch nur der sein: eine aus der Vaterschaft hervorgehende Pflicht ist so heilig, daß ihre Verletzung im öffentlichen Interesse eine strafpolizeiliche Ahndung verdient. Der uneheliche Erzeuger aber ist nicht als Vater anerkannt, und es ist, nachdem man ihm auf diese Weise alle Familienrechte genommen hat, nachdem man ihm besonders auch die Möglichkeit genommen hat, das Kind zu sich zu begehren und bei sich zu erziehen, im höchsten Grade unbillig, ihm für die Geldleistung die Rechtslage aufzubürden, die nur aus der tieferen Grundlage des Vaterrechts und aus dem Rechte hervorgeht, als Vater für das Kind zu sorgen[3]). Will man ihm die Vaterpflichten aufbürden, so soll man ihn zuerst zum Vater machen.

---

[1]) Jena 29. Juni 1912, Goltdammer-Kohler 60 S. 156.

[2]) KG. 29. November 1904, Goltdammer-Kohler 52 S. 96, und 17. Januar 1908, ebenda 55 S. 238.

[3]) Das Kammergericht will dabei hauptsächlich aus den Vorarbeiten argumentieren; dies ist natürlich unzulässig. Unrichtig Karlsruhe 8. November 1909, Bad. R. 1910 S. 71.

IV. Buch.

Haus- und Gewaltrecht.

I. Abschnitt.

Hausrecht.

I. Allgemeines.

§ 87.

I. Es gibt Elternrechte außerhalb der elterlichen Gewalt; solche haben die ehelichen Eltern, die Adoptiveltern, der Vater des ehelich erklärten Kindes und die uneheliche Mutter des Kindes. Im Falle der Putativehe hat der bösgläubige Elternteil keine Elternrechte, auch diese nicht (§§ 1701, 1305).

II. Elternrechte außerhalb der elterlichen Gewalt sind:

1. das Recht der Namengebung,

2. bezüglich des noch nicht 21 jährigen das Recht der Zustimmung zur Eheschließung und das Recht der Zustimmung zur Ankindung und Ehelichkeitserklärung,

3. eine besondere Rechtsstellung im Fall der Entmündigung des Kindes.

III. 1. Das Elternrecht gibt die Befugnis zur Namengebung. Welche Rolle der individuelle Name und die Namengebung im Rechte der Völker spielt, ist bekannt[1]); ebenso daß die Namengebung meist eine atavistische oder eine ominöse ist; daß sie mit religiösen Vorstellungen eng zusammenhängt, findet sich überall.

Bei den Kulturvölkern werden die religiösen Beziehungen abgestreift oder doch von der rechtlichen Seite der Sache getrennt, und da unsere Kultur (wie übrigens die chinesische

[1]) Oben S. 22 und Kohler, Orientalisches Recht (in Kultur der Gegenwart) S. 17f.

vor Jahrtausenden) Familiennamen geschaffen hat, welche der Person kraft ihres Familienzusammenhanges ohne weiteres zustehen, so handelt es sich nur um einen das Individuum in der Familie kennzeichnenden Vornamen[1]).

2. Das Recht der Namengebung steht dem ehelichen Vater, in Ermangelung der ehelichen Mutter zu[2]); es steht bei der unehelichen Geburt der Mutter zu (oben S. 348). Ist der Vater außerstande oder sein Aufenthalt unbekannt, so muß das Recht auf die Mutter übergehen (vgl. §§ 1634, 1685). Ist kein Elternteil bekannt, handelt es sich insbesondere um ein Findelkind, so ist der Name vom Vormund zu bestimmen.

3. Bei uns wird der Vorname erteilt durch Anmeldung und Eintragung zum Standesregister, was bei der Geburtsanmeldung oder mindestens in zwei Monaten nachher geschehen soll und nach Ablauf von drei Monaten nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde geschehen darf; die Anmeldung geschieht bei Strafvermeiden (§§ 22, 27, 68 PersStG.).

4. Über die Wahl der Namen bestehen landesrechtliche Bestimmungen. Die ehemals in der Rheinprovinz geltende Satzung vom germinal XI, wonach nur die kalendermäßig üblichen und die bekannten historischen Namen gewählt werden sollten, ist durch Gesetz vom 23. Mai 1894 aufgehoben worden. In Preußen bestehen nur Ministerialerlasse in dem Sinne, daß

a) der Standesbeamte unanständige und anstößige Namen ablehnen kann,

b) daß die Namen in deutschen Buchstaben eingetragen werden sollen und daß, wenn in polnischen Gegenden die entsprechenden Namen verschieden lauten, die polnische Form in Klammer beigefügt werden soll[3]).

IV. Die Bestimmung des § 1305, wonach das Kind unter 21 Jahren die Zustimmung des Elternteils zur Eheschließung auch dann einholen soll, wenn er nicht der Träger der elterlichen Gewalt, vielleicht gar der elterlichen Gewalt entsetzt

---

[1]) Vgl. auch oben S. 22.

[2]) Vgl. Schweizer ZGB. Art. 275.

[3]) Müser, Führung der Familien- und Personennamen in Preußen S. 26f.

worden ist[1]), gehört zu den unglückseligsten Bestimmungen des Gesetzes. Man denke sich die Lage einer 20jährigen Tochter, welche sich verheiraten will, während der Vater im Zuchthause sitzt oder ein Trunkenbold ist, und sich noch gar seine Zustimmung teuer erkaufen läßt!

V. Besser gerechtfertigt ist die Bestimmung, daß die Ankindung eines noch nicht 21 jährigen nur mit Einwilligung der beiden Elternteile geschehen kann: diese Einwilligung bedarf der notariellen Beurkundung und kann einer der zwei bei der Ankindung beteiligten Personen oder dem Gerichte gegenüber geäußert werden (§§ 1747, 1748).

Ähnlich verhält es sich mit der Ehelichkeitserklärung: das noch nicht 21jährige Kind bedarf der Zustimmung der Mutter, doch kann diese Zustimmung durch die Obervormundschaft ersetzt werden (§§ 1726, 1727).

VI. Gerechtfertigt ist die besondere Rechtslage der Eltern im Fall der Entmündigung des Kindes: sie haben eine Vorzugsstellung in der Vormundschaftswahl (§§ 1899, 1900), welche sie auch durch Beschwerde geltend machen dürfen (§ 60 Ziff. 1 GfG.).

VII. 1. Das Recht der Eheeinwilligung geht mit der Legitimation, Adoption, Ehelichkeitserklärung auf die neue Elternschaft über und kehrt auch nach Lösung der Adoption nicht mehr auf den ursprünglichen Elternteil zurück (§§ 1305, 1306).

2. Das Recht der Adoptionseinwilligung aber steht den leiblichen Eltern von neuem zu, wenn die Adoption aufgelöst wurde und es sich um eine neue Adoption handelt; die uneheliche Mutter eines ehelich erklärten Kindes erlangt dieses Recht im Fall des § 1738. Vgl. S. 316, 337.

3. Die Rechtsstellung gegenüber dem entmündigten Kind geht mit der Adoption, Ehelichkeitserklärung, Legitimation auf die neue Elternschaft über (§ 1899).

VIII. Im Fall der Putativehe hat der bösgläubige Ehegatte (nach Nichtigerklärung der Ehe) nicht die bevorzugte

[1]) Nur im Fall des § 1701 BGB. soll dem Vater auch dieses Recht entzogen sein.

Rechtslage gegenüber dem entmündigten Kind (§ 1899), aber auch nicht das Namenrecht (welches dem gutgläubigen Elternteil zusteht), auch nicht das Zustimmungsrecht zur Eheschließung und zur Adoption, §§ 1701, 1702. 1305.

II. Hausgenossenrecht.

§ 88.

I. Der Vater und in zweiter Reihe die Mutter sind Herren des Hauses und Herren des Hausstandes. Daraus entstehen Rechte und Pflichten, insbesondere Pflichten in bezug auf die im Hausstande lebenden Kinder, ohne Rücksicht auf die elterliche Gewalt, nämlich:

1. Die Rücksicht der sittlichen Behütung mit dem Rechte der Abwehr und mit der Pflicht, dafür einzustehen, daß im Hause selber Unsittlichkeiten der Kinder nicht vorkommen. Es wird deshalb als eine qualifizierte Unzucht betrachtet, wenn die Eltern die Unzucht eines Kindes im Hause fördern, und das Dulden kann in ein Fördern übergehen[1]), obgleich es nicht immer ein Fördern ist[2]).

2. Das Brieferbrechungsrecht besteht regelmäßig nur als Erziehungsrecht gegenüber den in der elterlichen Gewalt stehenden Kindern, es kann aber ausnahmsweise auch bei volljährigen im Hause lebenden Kindern gerechtfertigt sein, wenn dringender Verdacht der Verletzung des Hauswesens oder der Hausehre vorliegt.

3. Das Kind, auch das volljährige, welches im Hause Unterhalt findet, ist zur Arbeit im Hauswesen und im Geschäft verpflichtet, soweit dies mit den Kräften und mit der Lebensaufgabe des Kindes in Übereinstimmung steht (§ 1617). Hierbei kommt daher nicht nur alles in Betracht, was die Hygiene des Kindes betrifft, sondern namentlich auch seine Bildung, seine Stellung im Leben und die Rücksicht auf

---

[1]) RG. 12. März 1913, Goltdammer-Kohler 60 S. 445.

[2]) Wie, wenn es stattfindet, um größeres Unheil zu verhüten? In dieser Beziehung darf man den Lebensverhältnissen keinen Zwang antun; dies wird vom Reichsgericht in Strafsachen so oft verkannt.

diejenige Arbeit, welche es in seiner Lebensstellung vorzubereiten und zu leisten hat. Alles dies ist natürlich nach den Umständen des Falles zu bemessen und läßt eine allgemeine Regel nicht zu. Eine gerichtliche Entscheidung darüber läßt sich nur in der Art herbeiführen, daß das Kind gegen die Eltern seinen Anspruch auf Unterstützung erhebt und diese dabei geltend machen, daß sie die Unterstützung nur zu gewähren brauchen, sofern das Kind ihnen mit solchen häuslichen Leistungen dient (§ 1612).

II. Die Verwaltung des Vermögens der Eltern und Kinder kann getrennt sein, aber es wird nicht selten vorkommen, daß, wie die Ehefrau so auch die im Hausstande lebenden volljährigen Kinder ihr Vermögen dem Hausvater zur Verwaltung übergeben. Dabei kann bedungen werden, daß die Früchte des Vermögens dem Kinde ganz oder teilweise ausgefolgt werden sollen, wofür aber natürlich der Vater einen Beitrag für das Hauswesen beanspruchen kann. Derartige kleinliche Rechnungsstellungen passen aber nicht gut für das Familienleben, sie führen auch leicht zu widerwärtigen Streitigkeiten; daher ist als Regel zu betrachten, daß in solchem Falle der Vater an dem Vermögen ein Nutznießungsrecht bekommt, entsprechend dem Nutznießungsrecht an dem Vermögen, das ihm die Ehefrau zur Verwaltung gibt, natürlich nur auf Widerruf und gegen die Befugnis, jederzeit die Rücknahme zu verlangen (§ 1619).

III. Eine weitere Bestimmung des Gesetzes, daß, wenn das Kind für das Hauswesen Auslagen macht, dies im Zweifel so zu verstehen sei, daß die Auslagen erstattungslos erfolgen mit Rücksicht auf das, was das Kind im Hauswesen genießt, ist weniger zutreffend (§ 1618); es wird dadurch nur bewirkt, daß vorschüssige Leistungen, die doch auch von Familienangehörigen an Familienangehörige sehr wünschenswert sind, mehr und mehr zurückgehalten werden. Die Bestimmung ist beschränkend auszulegen: sie gilt nur, wenn nicht aus der Art und Weise der Leistung ihr vorschüssiger Charakter hervorgeht, was z. B. der Fall ist, wenn das Kind in Abwesenheit der Eltern eine Rechnung begleicht oder eine Nachnahme bezahlt.

III. Ausstattung und Aussteuer.

(Enzyklopädie II S. 174.)

1. Ausstattung.

§ 89.

I. In dem Begriff der Ausstattung und der Aussteuer begegnen sich deutsches und römisches Recht. Die Ausstattung ist ein urdeutsches Institut, beruhend auf dem Gedanken, daß die Kinder nicht immer den Tod der Eltern abzuwarten haben, um sich mit dem Hausvermögen eine selbständige Existenz zu gründen, sondern daß ihnen aus dem Familiengut ein Betrag als antizipierte Erbfolge zugewiesen werden kann. Es hängt dies mit verschiedenen anderen Instituten zusammen, einmal mit der alten Sitte, daß der Vater mit einem bestimmten Alter zurücktritt und das Vermögen den Kindern überläßt (König-Lear-Vertrag), ferner mit dem Satze, daß ein Kind, das aus der Were austritt, mit einem Teil des Familienvermögens abgefunden wird; insbesondere ist die Abfindung der Tochter bis in die neuere Zeit üblich gewesen; und erst eine weitere Entwicklung brachte es mit sich, daß das abgefundene Kind später wieder zur Erbschaft gelangen konnte, indem es das Empfangene zurückbrachte oder sich anrechnen ließ.

II. Danach ist es erklärlich, daß die Ausstattung als ein besonderes Institut gilt, welches nicht den Regeln der Schenkung unterliegt, der es sonst am meisten gleicht; denn das Kind erhält damit nur etwas, was ihm eigentlich nach der Anschauung des Volkes gebührt; und wenn es diese Vermögensstücke vor der Beerbung bekommt, so ist dies nur ein angemessenes Familienmotiv: die Kinder sollen mit ihrer häuslichen Niederlassung nicht auf den Tod der Eltern warten und sie sollen nicht etwa in die Lage kommen, daß ihnen der Tod der Eltern als eine Art Erlösung erscheint. Dementsprechend hat auch das moderne Recht den Begriff der Ausstattung entwickelt als eine Gabe oder ein Gabeversprechen, um die selbständige wirtschaftliche Stellung des Kindes zu ermöglichen, zu erleichtern, zu fördern; auch eine Gabe zur Vergrößerung seines bereits vorhandenen Geschäftes

gehört hierher (§ 1624)[1]. Besonders häufig kommt die Ausstattung vor als Rente, welche den Zweck der wirtschaftlichen Förderung erzielt und die Eltern nicht des Kapitalvermögens beraubt.

III. Die Ausstattung ist Freigebigkeit, aber keine Schenkung; die Rechtssätze, welche von der Freigebigkeit handeln, gelten auch für die Ausstattung, dagegen bleiben ihr die Grundsätze über die Schenkung ferne. Daraus folgt:

1. Die Austattung kann, wie jede Freigebigkeit, der Schuldanfechtung unterliegen.

2. Das Ausstattungsversprechen bedarf keiner notariellen Form, es ist als Ausstattungsversprechen formlos[2]; sollte allerdings das Versprechen einen Leibrentenvertrag enthalten, dann müßte die Form des Leibrentenvertrags gewahrt bleiben[3], weil jede vertragsmäßige Leibrente, welcher Art auch immer, der schriftlichen Form des Versprechens bedarf (§ 763).

3. Sodann gelten die erleichternden Sätze der Freigebigkeitsgeschäfte auch was die Haftung für Sorgfalt und was die Haftung für tatsächliche und rechtliche Gewähr betrifft.

4. Die Grundsätze über Schenkungswiderruf und Rückruf wegen Verarmung gelten nicht, auch eigentlich nicht die Grundsätze über das beneficium competentiae; doch wird man in letzterer Beziehung die Rücksicht zu wahren haben, welche Anstand und Sitte verlangt.

IV. 1. Im Erbrecht tritt der obige Grundgedanke, daß die Gabe einen Erbschaftsvorempfang darstellt, deutlich hervor: hier gelten die Ausgleichsgrundsätze des § 2050f. Das Hingegebene ist als antizipierter Erbteil hingegeben und muß daher, wenn das bereicherte Kind zur Erbschaft gelangte, ebenso eingerechnet werden, wie wenn ihm in regelmäßiger Weise ein Teil der Erbschaft zugekommen wäre. Sollte aber die zugebilligte Ausstattung seinen Erbteil überschreiten, so kommt das Plus bei der Pflichtteilsberechnung in Betracht.

---

[1] RG. 21. Januar 1910, JW. 39 S. 287.

[2] RG. 12. Dezember 1907, Entsch. 67 S. 204, Braunschweig 16. Juni 1908, M. 17 S. 265, Cassel 31. März 1910, M. 21 S. 248.

[3] RG. 23. Mai 1906, Entsch. 63 S. 323.

2. Die Ausstattung des Kindes ist gemeinsame Elternsache, weshalb sie bei der Gütergemeinschaft auf das Gesamtvermögen fällt: das Gesamtvermögen hat sie zu leisten und zu tragen, sie gilt als von beiden Eltern herrührend (§ 1465).

V. Soweit die Zuwendung das zur Zeit der Hingabe entsprechende Maß übersteigt, ist sie Schenkung; dieses Maß ist aber nicht mathematisch zu berechnen; wenn die Verhältnisse, in die das Kind gestellt ist, eine größere Zuwendung erheischen, dann ist dies kein schenkungsweises Plus[1]). Eine Zuwendung zu anderen als Ausstattungszwecken natürlich, z. B. zu dem Zwecke, dem Kinde eine Vergnügungsreise zu gönnen, ist Schenkung[2]), anders wenn es sich um eine Geschäftsreise handelt. Dies alles gilt auch, was die Gütergemeinschaft betrifft: was der Mann über das Maß hinaus der Gütergemeinschaft entnimmt, fällt auf seinen Teil, während die regelmäßige Ausstattung eines gemeinsamen Kindes die gemeinsame Last beider Ehegatten ist.

VI. Die Ausstattung durch einen Dritten ist Schenkung und bedarf der Form der Schenkung[3]). Dritter ist jeder, mit Ausnahme der Eltern; auch der außereheliche Erzeuger. Eine Ausstattung aber, welche der Großvater nach dem Tode des Kindes den Enkeln gibt, wird so betrachtet, als ob er sie dem Kinde gegeben hätte. Gibt der Ehemann aus dem Gemeinschaftsvermögen seinem Kinde früherer Ehe eine Ausstattung, so ist die Gabe dem Kinde gegenüber Ausstattung, bezüglich des Gemeinschaftsvermögens aber ersatzpflichtig (§ 1465).

VII. Eine Scheinausstattung liegt vor, wenn der Elternteil aus dem in seiner Verwaltung befindlichen Kindesvermögen dem Kinde einen Teil zur freien Verwaltung und Nutzung herausgibt. Dies ist nur insofern Freigebigkeit, als die elterliche Nutznießung wegfällt. Daß im Zweifel eine Hingabe, insbesondere eine Geldhingabe, auf diese Weise zu verstehen ist, daß also hier die Ausstattung eher als Schein-

---

1) Vgl. RG. 23. Dezember 1907, JW. 37 S. 71.
2) RG. 21. Januar 1910, JW. 39 S. 237.
3) RG. 11. Januar 1906, Entsch. 62 S. 273.

ausstattung zu gelten hat, ist begreiflich; denn man braucht dem Kinde nicht erst zu geben, was es schon in genügendem Maße hat (§ 1625).

2. Aussteuer.

§ 90.

I. Ausstattung kann, Aussteuer soll gegeben werden; Ausstattung gibt es bei dem Sohne wie bei der Tochter, Aussteuer nur bei der Tochter; Ausstattung kann jede Zurüstung zu einem selbständigen Betrieb sein, Aussteuer ist nur Ausrüstung des Haushaltes und Einrichtung des häuslichen Lebenskreises (§ 1620).

II. Aussteuerpflichtig sind die Eltern, und zwar in erster Linie der Vater, in zweiter die Mutter; die Aussteuerpflicht gehört dem Familienrecht, nicht dem Schuldrecht an, sie untersteht daher den Grundsätzen der familienrechtlichen Verpflichtungen.

1. Sie richtet sich nach der Vermögenskraft des Aussteuerpflichtigen; hat er kein genügendes Vermögen, so besteht keine Pflicht; gibt der in zweiter Reihe Verpflichtete die Aussteuer, während der Erstverpflichtete sie geben könnte, so hat er den Rückgriff, andernfalls nicht, denn die Familienpflichten sind endgültig. Bei Beurteilung der Vermögenskraft wird eingebrachtes Gut der Frau voll gerechnet, denn das auf Familiengründen beruhende Nutznießungsrecht des Ehemannes darf auch hier der Familienpflicht nicht im Wege stehen, das Gütergemeinschaftsvermögen ist heranzuziehen wie wenn es das Alleinvermögen des ausstattungspflichtigen Ehegatten wäre (§§ 1620, 1604, 1607).

2. Die Aussteuer soll angemessen sein, d. h. dem Stand und den Lebensverhältnissen, in welche die Tochter hineinheiratet, entsprechen.

3. Der Aussteueranspruch ist unübertragbar und unpfändbar (§ 1623 BGB., § 851 ZPO.).

4. Ein vorgängiger Verzicht ist unstatthaft: er wäre gegen die Interessen der Ehe. Doch ist zu berücksichtigen, daß die Aussteuer eine Hauseinrichtung ist, also erst dann beansprucht werden kann, wenn das Ehepaar einen selb-

ständigen Haushalt begründen will, nicht solange es mit den Eltern in Familiengemeinschaft zu wohnen gedenkt. Der Anspruch ist ein Zweckanspruch[1]).

5. Wie bei dem Unterstützungsanspruch gilt auch hier die Bestimmung, daß der Aussteueranspruch nur dann besteht, wenn die Tochter nicht ausreichendes eigenes Vermögen zur Verfügung hat.

6. Wie der Unterstützungsanspruch zu einer Notunterstützung werden kann, so fällt die Aussteuerpflicht im Falle von Antipflichtteilsverfehlungen ganz weg (§ 1621); so wenn die Tochter sich in schwerer Weise gegen die Eltern vergangen hat, oder wenn sie sich einem ehrlosen, unsittlichen Lebenswandel hingibt; doch kann eine rechtzeitige Besserung den Makel heilen, nur muß eben die Besserung auch eine ernstliche sein und Aussicht auf Dauer versprechen[2]). Einer Antipflichtteilsverfehlung steht es gleich, wenn die Tochter sich ohne Einwilligung des Parens verheiratet — aber nur dann, wenn sie dieser Einwilligung gesetzlich bedurfte, wenn sie also als noch nicht 21 jährige Tochter ohne solche Einwilligung geheiratet hat. Wo die obervormundschaftliche Genehmigung die elterliche ersetzt (§ 1308), ist der Makel geheilt.

7. Treffen Aussteuerpflicht und Unterstützungspflicht oder treffen mehrere Aussteuerpflichten zusammen, so ist nach Billigkeit zu entscheiden (§§ 1620, 1604).

III. Von dem Unterstützungsanspruch unterscheidet sich der Aussteueranspruch durch seine Einmaligkeit und seine feste Zeitlichkeit.

1. Die Tochter kann nur einmal eine Aussteuer verlangen, also keine zweite, wenn etwa die erste Aussteuer verloren gegangen ist; sie kann auch keine Ergänzung verlangen infolge späterer Ereignisse, z. B. wegen Auswanderung oder wegen Änderung des Berufes[3]). Sie kann auch, wenn sie für eine Ehe ausgesteuert ist, nicht für eine zweite Ehe eine

---

[1]) Dresden 25. Oktober 1907, M. 15 S. 416.

[2]) RG. 6. März 1911, JW. 40 S. 455; Karlsruhe 4. Dezember 1912, Bad. R. 1913 S. 150.

[3]) RG. 10. Mai 1909, JW. 38 S. 393.

neue Aussteuer begehren; es ist ihre Sache, die Aussteuer zu erhalten, zu ergänzen, zu erneuern (§ 1622).

2. Der Aussteueranspruch ist ein Realanspruch: er geht auf wirkliche Lieferung der Aussteuersachen; indes müssen die Umstände des Lebens berücksichtigt werden: die Tochter hat ein Recht, die Aussteuer nach ihrem Geschmack zu wählen, sofern sie nur den ihr gestellten Bedarfswert nicht überschreitet; auch ist es möglich, daß sie von sich aus oder von dritter Seite Zuhilfe bekommt, so daß die Aussteuerleistung nur einen Teil ihrer Hausratsanschaffung ausmacht; die Eltern dürfen ihr nicht Sachen nach ihrer altväterlichen Gefühlsweise aufdrängen: hier muß man jugendlichem Leben freie Hand lassen[1]).

3. Die Aussteuerpflicht entsteht nicht erst mit der Ehe, sondern bereits mit dem Moment, wo eine Ehe in naher Aussicht steht, so daß die nötigen Vorbereitungen zu treffen sind: nichts anderes als eine solche Vorbereitung zur Ehe ist die Anschaffung der Aussteuer. Eine Klage kann allerdings auch schon vorher erhoben werden, sobald ein genügendes Interesse gegeben ist, also wenn z. B. ein feindseliger oder knauseriger Vater durch ständige Verweigerung der Aussteuer die Gründung des Hausstandes und damit die Eheschließung erschwert[2]).

4. Nicht selten wird das Aussteuerversprechen dem Bräutigam gegeben. Dies ist natürlich ein Versprechen zugunsten der Braut, welches wie jedes Versprechen zugunsten eines Dritten behandelt wird; denn die Braut wird zunächst Eigentümerin und überbringt die Ausstattungsgegenstände dem Bräutigam in der einen oder anderen rechtlichen Weise je nach dem Gütersystem[3]).

---

[1]) RG. 10. Mai 1909, JW. 28 S. 393.

[2]) RG. 17. Juni 1901, Entsch. 49 S. 270; RG. 16. Mai 1904, Entsch. 58 S. 139, und 10. Mai 1909, JW. 38 S. 393.

[3]) RG. 23. Dezember 1907, JW. 37 S. 103.

II. Abschnitt.

Gewaltrecht.

I. Titel.

Allgemeines.

I. Organe.

1. Eltern und Vormünder.

§ 91.

I. Die Stellung der Eltern wie des Vormundes ist eine Gewaltstellung: beide haben nicht etwa bloß Vertreterschaft, sondern sie haben eine personenrechtliche Gewalt über den Mündel, welche Gewalt allerdings, wenn es sich um einen nur Entmündigten handelt, beschränkt ist (§ 1901 BGB.). Die personenrechtliche Gewalt erfaßt die Person und ihr Vermögen (Personengewalt, Vermögensgewalt).

II. Gewalt ist eine personenrechtliche Stellung, infolge deren jemand auf die Person oder auf das Vermögen eines anderen einzuwirken vermag: Gewalt ist also nicht Stellvertretung, Gewalt ist auch nicht ein Persönlichkeitsrecht, sondern ein Familienrecht oder ein Quasifamilienrecht.

III. Die Gewalt kann eine Gewalt im eigenen Interesse sein, und diese hat vielfach bestanden: lange Zeiten war der Vater berechtigt, die Arbeitskräfte des Kindes auszubeuten; er war auch berechtigt, das Kind in Dienstschaft zu geben. Auch dem Vormund standen, wenn auch nicht diese vollen, so doch ein Teil dieser Befugnisse zu. Noch heute ist dieser Charakter nicht vollkommen verschwunden; denn mindestens die Eltern können von dem Kinde auch dann Arbeit verlangen, wenn diese nicht zur Entwicklung seiner Kräfte und zu seiner Fortbildung notwendig ist; nur soll die Arbeit nicht mit dem Zwecke der Erziehung in Widerspruch stehen und nicht der physischen Natur und nicht dem Geistesleben des

Kindes widersprechen. Auch kann die Arbeit nur verlangt werden, wenn sie mit dem Kreise des häuslichen Wirkens in Verbindung steht oder wenn sie zum Unterhalt des Hauswesens erforderlich ist, vgl. § 1617.

IV. Die Gewalt ist eine Gewalt des bürgerlichen, nicht des öffentlichen Rechtes; denn wenn sie auch eine Unterordnung darstellt, so ist sie doch nicht eine Unterordnung in der sozialen Stellung: die soziale Stellung des Vaters oder Vormundes ist dieselbe wie die des Mündels, ebenso wie die soziale Stellung des Schuldners dieselbe ist wie die des Gläubigers. Es besteht daher ein prinzipiell anderes Verhältnis zwischen dem Vormund und dem Mündel, als zwischen dem Mündel und irgendeinem Staatsorgan, z. B. dem Vormundschaftsrichter.

V. Die Gewalt ist eine unmittelbare Gewalt von Subjekt gegen Objekt, nicht vermittelt durch öffentliche Hilfe: sie unterscheidet sich dadurch vom Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner: die Gewalt ist ein Herrschafts- nicht ein Sollverhältnis. Daher kann der Träger der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt unmittelbar auf die Person einwirken, ihren Aufenthalt bestimmen, ihre Tätigkeit feststellen. Der etwaige Widerstand von seiten des Mündels kann unmittelbar überwunden werden; nur müssen die Mittel unserer Kulturordnung entsprechen: ein Hinausgehen darüber, eine Grausamkeit wäre nicht ein bloßes Übermaß des Rechts, sondern ein Nichtrecht: es wäre eine durch das Recht nicht gestattete persönliche Verletzung; es wäre außerdem auch noch eine Verletzung der besonderen Pflicht gegen das Kind und damit des Gegenrechtes, welches dem Kinde gegenüber dem Gewalthaber zusteht. Denn die Gewalt hat ihre Schranken nicht nur in ihrem Zwecke, sondern auch im Gegenrecht des anderen Teiles. Das Gegenrecht aber ist kein unmittelbares Recht, sondern ein Sollrecht, ähnlich dem Forderungsrecht: der Mündel kann sich daher nicht direkt gegen den Gewalthaber auflehnen, wohl aber hat er hierfür die freiwillige Gerichtsbarkeit anzurufen (der 14jährige selbst, sonst andere Personen für ihn (vgl. §§ 57 Ziff. 9 und 59 GfG.).

VI. Der Widerstand Dritter dagegen kann nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar mit Staatshilfe überwunden

werden, soweit nicht ausnahmsweise die Befugnis der Nothilfe besteht.

VII. Die Gewalt ist eine familienrechtliche und liegt innerhalb des Familienrechts. Das Verhältnis zum Elternhaus muß daher in seiner familiären Art gewürdigt werden. Daher:

1. Wenn das Kind hier in Lehre ist, so darf dies nicht als ein Lehr- oder Arbeitsvertrag im juristischen Sinn aufgefaßt werden; wenn daher das Kind hierdurch ein Taschengeld verdient, so ist dies nicht eine dem Versicherungsbeitrag unterliegende Einnahme[1]).

2. Auch was die Haftung für das Wohl und Gedeihen des Kindes betrifft, so ist die Familienstellung des Vaters zu berücksichtigen; so z. B. wenn das Kind an einer Krankheit stirbt, während es durch Umsicht und Entschlossenheit des Vaters noch hätte gerettet werden können, wenn also Unentschlossenheit und Sorglosigkeit es bewirkt hat, daß sich die Rettung des Kindes verspätete. Hier kann der Vater nicht zur Strafe gezogen werden; denn man kann nicht verlangen, daß er in den häuslichen Verhältnissen ein anderer ist, als ihn die Natur schuf. Fehlt es an einem ethischen Verschulden, so fehlt auch die Haftung; es wäre mehr als grausam, ihn etwa strafrechtlich verantwortlich zu machen[2]).

3. Daher kann auch, wenn infolge mangelnder Sorgfalt das Kind Schaden gelitten hat, die Verantwortlichkeit der Eltern regelmäßig nicht zu einer Entschädigung gegenüber dem Kinde führen[3]). Dies wäre nur bei Absicht und frevelhafter Fahrlässigkeit gerechtfertigt. Noch weniger kann etwa ein Entschädigungsanspruch in der Art erhoben werden, daß ein erwachsener Mensch gegen seine Eltern klagt, weil sie ihn nicht genügend erzogen und ihm nicht eine gehörige Existenz bereitet hätten. Eine derartige Klage

---

[1]) Bad. Verwaltungsgerichtshof 28. Januar 1913, Bad. R. 1913 S. 176.

[2]) Treffend RG. 20. Januar 1903, Entsch. St. 36 S. 78. Dies ist übrigens nur der Ausfluß eines allgemeinen Grundsatzes, der anderwärts im Zusammenhang zu erörtern ist.

[3]) Anderer Ansicht ist RG. 22. Dezember 1910, JW. 40 S. 219.

wäre eine familienrechtliche Ungeheuerlichkeit[1]). Nur wenn das Verfahren des Parens selbst ein ungeheuerliches, unnatürlich gewesen wäre, dürfte man es mit einer solchen Monstrosität erwidern[2]). Daher auch der Satz, daß Eltern nur für culpa in concreto einstehen, also nur für etwas, das entweder über die im eigenen Wesen liegende Leichtartigkeit hinausgeht oder sich als grobes Verschulden darstellt (§ 1664).

Die Personengewalt kann eine tatsächliche Personengewalt und eine Personengewalt mit der Befugnis sein, rechtsgeschäftlich ins Leben einzugreifen. Wer die Personengewalt hat, hat über Verbleib und Erziehung des Kindes zu bestimmen; die Ausführung dieser Bestimmung kann aber Rechtsgeschäfte erfordern, Rechtsgeschäfte sowohl des Vermögens- als auch des Personenrechts, und solche Rechtsgeschäfte kann nur abschließen, wer neben der faktischen die rechtliche Personengewalt hat; das Bürgerliche Recht spricht hier von Vertretung, weil, abgesehen von gewissen Ausnahmefällen, die Rechtsgeschäfte auf den Namen des Kindes gehen können, weshalb der Inhaber der Personengewalt hier auch der rechtliche Vertreter des Kindes heißt.

Daß jemand die tatsächliche, ein anderer die rechtliche Personengewalt hat, ist eine Unnatur; gleichwohl hat dies das BGB. in einer Reihe von Fällen angenommen; in diesen Fällen muß der erste den zweiten heranziehen, um etwas ausrichten zu können: ein überaus mißliches und klägliches Verhältnis, das zu unzähligen Kollisionen Anlaß gibt und zeigt, daß die Gesetzgeber das Leben nicht genügend gekannt haben (vgl. §§ 1635, 1696, 1707). Über das einzelne vgl. unten S. 415.

---

[1]) Um derartige Ungeheuerlichkeiten zu vermeiden, haben andere Gesetzbücher besondere Sätze, z. B. C. Nap. Art. 371: L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère; Schweizer ZGB. Art. 275: „Die Kinder sind den Eltern Gehorsam und Ehrerbietung schuldig.“ Derartige Bestimmungen sind keineswegs Allerweltsweisheiten, wie man hochjuristisch gemeint hat, sondern sie haben ihren guten Sinn, und es zeugt vom bureaukratischen Zug der Redaktoren des BGB., daß sie solche nicht aufgenommen haben.

[2]) Man sage nicht, solche Dinge kommen nicht vor; ich kenne einen Fall, daß jemand eine Klage gegen seine Mutter erheben wollte, weil sie ihn nicht gut erzogen habe!

VIII. Die Personengewalt kann eine elterliche und eine vormundschaftliche sein. Darüber wird unten ausführlicher gehandelt werden; hier soll nur folgendes hervorgehoben werden:

1. Der Elternteil unterliegt zwar in gewissen Beziehungen der Kontrolle der Obervormundschaft, aber durchaus nicht in der gleichen Weise wie der Vormund. Man muß hier stets berücksichtigen, daß die väterliche Gewalt eine Familiengewalt ist, in die der Staat nur im Fall der Not eingreifen soll. So kann insbesondere die Obervormundschaft nicht von Reiches wegen gegen den Vater mit Ordnungsstrafe vorgehen (§§ 1837, 1788); allerdings kann solches landesgesetzlich bestimmt sein und ist in verschiedenen Landesgesetzen bestimmt[1]), z. B. im a. 15 des Preuß. AusfG. zu GfG.; weshalb man auch angenommen hat, daß beispielsweise der Elternteil durch Ordnungsstrafe zur Vorlegung seines Inventars gezwungen werden kann[2]). In einem Fall jedoch ist ein solches Eingreifen den Landesgesetzen nicht gestattet und von Reichs wegen verboten; im Falle des § 1670: Sicherheit kann vom Elternteil nicht in unmittelbarer Weise wie vom Vormund erzwungen werden, sondern nur durch die Mittel des Reichsrechts (§ 1844 BGB., § 54 GfG.). Eine Belastung des Hausvaters mit Kindeshypotheken könnte eine hypothekarische Überflutung bewirken, an der andere Rechte ökonomisch zugrunde gingen.

2. Der Vater hat keinen Gegenvormund neben sich: er ist, was das Können betrifft, im Abschluß der Rechtsgeschäfte soweit unbeschränkt, als nicht die Genehmigung der Obervormundsschaft für erforderlich erklärt wurde. Die Aufstellung eines Pflegers zu seiner Kontrolle ist unstatthaft.

Der Mutter allerdings kann ein Beistand zur Seite gestellt werden, dessen Genehmigung sie für gewisse Geschäfte bedarf (§ 1690 BGB.): es sind dies gerade diejenigen Geschäfte, für welche der Vormund die Mitwirkung des Gegenvormundes nötig hat.

---

[1]) RG. 25. Februar 1904, E. f. G. 5 S. 20.

[2]) RG. 25. Februar 1904, JW. 33 S. 207.

3. In die Familienerziehung soll die Obervormundschaft nur dann eingreifen, wenn entschiedene Mißstände vorliegen, während der Vormund in dieser Beziehung einer weitgehenden Beaufsichtigung unterliegt (§ 1838).

4. Zur Hinterlegung und zur Banksperre ist der Vater nicht verpflichtet; die §§ 1809, 1814, 1815 f. finden bei ihm keine Anwendung; nur aus besonderen individuellen Vorsichtsgründen kann solches von ihm verlangt werden (§§ 1667 f.).

5. Zur Vorlegung eines Inventars ist der Vormund stets, der Elternteil nur in besonderen Fällen verpflichtet. Das gleiche gilt von der Rechnungsablegung und was damit zusammenhängt.

6. Elternteil und Vormund bedürfen für gewisse Rechtsgeschäfte der Genehmigung der Obervormundschaft; aber schon aus dem obigen ergibt es sich, daß dies bei der Vormundschaft eine viel größere Bedeutung hat als bei der Elternschaft: die obervormundschaftliche Einwilligung ist bei dem Vormund in viel weiterem Maße nötig als bei dem Parens.

7. Bei der Vormundschaft kann die Obervormundschaft eine besondere Gestaltung annehmen (Familienrat)[1], die bei dem Elternteil ausgeschlossen ist, und auch der Gemeindewaisenrat gilt nur für den Vormund.

IX. 1. Die Beendigung der Personen- und Vermögensgewalt kann absolut eintreten,

a) indem der Mündel stirbt oder durch Volljährigkeit jeder Gewalt entrinnt,

b) relativ, indem die Gewalt des Gewalthabers aufhört und ein anderer an seine Stelle tritt.

2. Die Umstände, welche die elterliche und die vormundschaftliche Gewalt zu Ende führen, sind so verschieden und hängen so sehr mit der Besonderheit der elterlichen und vormundschaftlichen Fürsorge zusammen, daß das Nähere der Sonderdarstellung zu überlassen ist.

---

[1]) Ein Institut, das allerdings, wie später zu zeigen, in der Praxis nicht vorkommt.

3. Nur folgendes ist gemeinsam zu bemerken:

a) Führt der Gewalthaber die Geschäfte weiter, so sind die Rechtshandlungen in bezug auf die gutgläubigen Dritten wirksam.

b) Auch zwischen dem Gewalthaber und dem Mündel treten in diesem Falle die regelmäßigen Folgen ein, sofern der Gewalthaber in gutem Glauben ist.

Guter Glaube wird im Falle a und b durch Fahrlässigkeit ausgeschlossen (§§ 1682, 1893).

c) Anderweitige Geschäftsführungen werden nach den Regeln der Menschenhilfe (negotiorum gestio) behandelt[1]. Sind die Geschäfte dringend, so ist der Gewalthaber verpflichtet, als Geschäftsführer einstweilen für die Erben zu handeln (§§ 1683, 1893).

2. Obervormundschaft.

§ 92.

I. Die Obervormundschaft ist eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche regelmäßig dem Amtsgericht angegliedert, einen Bestandteil des Amtsgerichts bildet. Die Richter, obgleich nicht als Mitglieder der Prozeßbehörde handelnd, handeln doch als Richter; es ist ein altdeutscher Gedanke, daß dem Richter nicht nur rechtsentscheidende, sondern auch rechtsfördernde Funktionen obliegen. Ihm gebührt daher volle richterliche Stellung, namentlich auch was die richterliche Unabhängigkeit und was das Recht der Eidesabnahme betrifft, § 15 GfG.

II. Die Behörde ist regelmäßig dem Amtsgericht angegliedert; doch ist etwas anderes landesgesetzlich möglich: ebenso wie beim Grundbuchamt, so kann auch hier eine andere Behörde an Stelle des Amtsgerichts treten (a. 147)[2]. Wir sprechen daher im folgenden nicht vom Vormundschafts-

---

[1]) RG. 20. Januar 1910, JW. 39 S. 233.

[2]) So namentlich in Württemberg: für die Obervormundschaft ist eine Behörde gebildet aus dem Bezirksnotar und vier Waisenrichtern; nur gewisse Geschäfte sind dem Amtsgericht vorbehalten, Art. 41 f. und 71 f. AusfG. z. BGB. Über die Zweckmäßigkeitsfrage vgl. unten S. 413. Unsere Gestaltung der Behörde ist allerdings fern davon, ein Ideal zu sein.

gericht, sondern von der Obervormundschaft, womit zum Ausdruck gebracht ist, daß auch die landesgesetzlichen Behörden hier miteinbegriffen sind.

Und noch aus einem andern Grunde:

Das Vormundschaftsgericht ist nicht nur Obervormundschaft, sondern zu gleicher Zeit auch Familiengericht, so in den Fällen der §§ 1357, 1358, 1451 (vgl. auch § 1612). Es ist darum fehlerhaft, daß das Gesetz nicht zwischen Obervormundschaft und Familiengericht unterscheidet, was sich auch gerächt hat, namentlich im ausländischen Verkehr. Nach a. 23 EG. kann eine obervormundschaftliche Tätigkeit auch bei Ausländern eintreten, wenn ihr eigener Staat die Fürsorge nicht übernimmt und wenn der Ausländer der Fürsorge bedarf. Dies gilt aber nur für die Tätigkeit der Obervormundschaft, es gilt nicht für die Tätigkeit des Familiengerichts, und man muß daher bei dem Vormundschaftsrichter beide Stellungen wohl scheiden. Bemerkenswert ist aber, daß die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes, welches die Erziehung der Kinder in § 1636 regelt, eine obervormundschaftliche Tätigkeit, keine familiengerichtliche ist; denn wenn auch Interessen der Ehegatten mit in Betracht kommen, so ist dies doch nur in nebensächlicher Weise der Fall, in erster Reihe sind die Interessen des Kindes maßgebend[1]).

Dem steht nicht im Wege, daß bisweilen auch das Nachlaßgericht nebenbei Tätigkeiten der Obervormundschaft übernimmt, weil im einzelnen Falle die Nachlaßfürsorge überwiegt (§§ 88 und 97 GfG., §§ 1960—1962 BGB.).

III. Die Obervormundschaft ist die Behörde, der die Leitung der Obsorge für die Entmündigten und Minderjährigen obliegt. Die Obervormundschaft kann daher in die elterliche Gewalt eingreifen ebenso wie in die Vormundschaft, nur daß sie in ersterer Richtung dem Träger der Gewalt mehr Spielraum überläßt. Der Grundgedanke ist aber in beiden Fällen derselbe, nämlich: die Obervormundschaft soll die

---

[1]) Richtig Oberstes LG. München 13. März 1912, M. 26 S. 257. Unrichtig dagegen KG. 15. Oktober 1908, E. f. G. 10 S. 1, und 7. Februar 1913, M. 26 S. 255.

Fürsorge für das Wohl der kraft ihrer Minderentwicklung Hilfsbedürftigen pflegen zu ihrem Gedeihen und zum allseitigen Heil der Gesamtheit.

IV. Die Obervormundschaft ist eine staatliche Behörde und stellt den Staat dar. Ihr Verhältnis zum Mündel, aber auch zum Gewalthaber des Mündels ist nicht ein privatrechtliches, sondern ein öffentlich-rechtliches, und insbesondere genießt die Obervormundschaft den Schutz öffentlicher Beamten und Behörden. Sie trägt aber auch die Verantwortung wie öffentliche Behörden, und der Staat haftet für sie, insoweit er für die Tätigkeit seiner Organe haftet. Vgl. S. 409.

V. Eine besondere Erweiterung der Obervormundschaft zum Familienrat wird später besprochen werden.

VI. Die Obervormundschaft ist keine Verwaltungsbehörde, sondern eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit[1]). Wenn bei Führung der Obervormundschaft, so namentlich soweit es sich um Genehmigung und Nichtgenehmigung handelt[2]), Zweckmäßigkeitsgründe in Betracht kommen, so ist dies nicht in höherem Maße der Fall, als bei anderen Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit; denn in derartigen Angelegenheiten muß den Behörden ein freier Spielraum gewährt werden, und ist es unmöglich, eine bestimmte Marschroute vorzuschreiben. Es hieße, die freiwillige Gerichtsbarkeit verkennen, wenn man ihr überall das Dasein abspräche, wo ihr ein freies Ermessen gestattet ist.

Erst dann geht die Behördetätigkeit in eine Verwaltungstätigkeit über, wenn der Zweckmäßigkeitsstandpunkt überwiegt und das Ganze beherrscht, so daß die rechtlichen Erwägungen nur nebensächlich und aushilfsweise eintreten; dies ist aber bei der Obervormundschaft nicht der Fall[3]): im wesentlichen soll die Obervormundschaft zu Rechtshandlungen mitwirken und ergänzend eingreifen, und dies nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen. Auch

---

[1]) Der Ausdruck: freiwillige Gerichtbarkeit gestattet kein Adjektiv; ich bediene mich daher auch des Ausdrucks Rechtspolizei (rechtspolizeilich), der längst im süddeutschen Rechtsleben üblich ist.

[2]) Colmar 5. Dezember 1906, M. 14 S. 261.

[3]) Unrichtig Kipp S. 390.

geschichtlich hat sich die Obervormundschaft in dieser Richtung entwickelt. Daher ist die freiwillige Gerichtsbarkeit noch jetzt das Bestimmende und das für den Charakter der Behörde Maßgebende. Vgl. S. 339.

VII. Die Tätigkeit der Obervormundschaft gehört zur freiwilligen Gerichtsbarkeit des bürgerlichen Rechts, sie ist dazu bestimmt, Einrichtungen des bürgerlichen Rechts zu fördern, im Gegensatz zu der freiwilligen Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechtes, z. B. der Patenterteilung, bei der es sich um einen Eingriff in die Lebensbedingungen des Volkes handelt. Für sie gelten daher die Grundsätze des Gesetzes über freiwillige Gerichtsbarkeit, insbesondere auch die dortigen Bestimmungen über Beschwerde und Instanzenzug; dagegen unterliegt sie nicht der Kontrolle des Prozeßgerichts[1]).

VIII. Die freiwillige Gerichtsbarkeit gibt die Befugnis zu privatrechtlichen Vermögenseingriffen und Vermögensänderungen. Sie kann durch direkte und indirekte Zwangsmittel auf den Gewalthaber wirken. Dagegen hat sie regelmäßig keine Befugnis, für den Mündel statt des Gewalthabers zu handeln. Diese Befugnis hat sie nur in Ausnahmefällen, wenn es an einem gesetzlichen Vertreter fehlt (§§ 1665, 1846). Eine Besonderheit ist es, daß die Obervormundschaft direkt einschreiten kann, um eine Sicherungshypothek gegen den Vormund zu bewirken (§ 1844 BGB., § 54 GfG.). Indem sie hier erklärt, daß die Sicherung für das Kind erworben sein soll, handelt sie nicht als Stellvertreterin des Kindes, sondern auf Grund staatlicher Autorität[2]).

IX. Das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit ist auch hier ein Untersuchungsverfahren, bei welchem die Obervormundschaft von Amts wegen das Nötige vorkehren darf, um die Angelegenheiten zu erörtern und sich in zweifelhaften Fällen Klarheit zu verschaffen (§§ 12 und 15 GfG.). Dabei darf sie sich der Beweismittel des Zivilprozesses bedienen, namentlich auch der Zeugen in einer dem Zivilprozesse ent-

---

[1]) KG. 15. Dezember 1911, Recht 14 Nr. 3215.

[2]) So bei dem Vormund; gegenüber dem Träger der Elterngewalt ist dieses Verfahren ausgeschlossen (§ 1670); vgl. oben S. 403.

sprechenden Weise[1]). Vor allem hat die Obervormundschaft auch die beteiligten Personen zu hören, soweit dies tunlich ist, möglichst auch Verwandte und Verschwägerte, um sich genügend zu unterrichten (§§ 1847, 1859); sie soll insbesondere auch den Vater vernehmen, wenn gegen ihn eingeschritten werden soll (§ 1673)[2]).

Im übrigen gibt es hier, wie bei jedem Untersuchungsverfahren, Beteiligte, welchen ein Beschwerderecht zusteht, aber keine Parteien. Die Beteiligten dürfen bei der Beschwerde den Zweckmäßigkeitsstandpunkt ebenso betonen, wie ihn die Obervormundschaft in ihren Entscheidungen betonen darf.

X. Die Obervormundschaft hat bei ihrer rechtspolizeilichen Tätigkeit mit Sorgfalt und Achtsamkeit zu verfahren, ihre Mitglieder haften in der üblichen Weise der §§ 839, 1674, und ebenso für sie der Staat, soweit er landesgesetzlich für die Beamten haftet. Vgl. S. 407.

Bei dieser Haftung muß aber berücksichtigt werden, daß dem Vormundschaftsrichter nicht ein ungerechtfertigtes Mißtrauen gegen jedermann zugemutet werden kann, und daß ein gewisser Grad des Optimismus noch nicht als eine Verletzung der ihm als aufsichtführendem Richter obliegenden Vorsicht gelten kann. Auch das muß in Betracht kommen, daß die Äußerung des Mißtrauens gegen Personen, welche ehrenamtlich tätig sind, namentlich gegen die Vormünder, unter Umständen in hohem Grade verletzend sein kann und daher nicht etwa dem Richter zuzumuten ist. In dieser Beziehung muß die Gerechtigkeit streng abwägen; denn es wäre im höchsten Grade verderblich, wenn der Vormundschaftsrichter ein Feind der Gesellschaft werden müßte[3]).

Überhaupt darf man die Haftung der Obervormundschaft nicht überspannen und nicht wieder die altpreußischen Zustände herbeiführen, in welchen der Vormundschaftsrichter alles zu tun hatte und der Vormund lediglich sein Handlanger war. Diese Dinge waren ehemals möglich; sie

---

[1]) RG. 3. Mai 1906, Entsch. 63 S. 275.

[2]) KG. 15. März 1906, M. XVI S. 19.

[3]) Dresden 15. Dezember 1909, Sächs. Arch. 5 S. 186.

müßten aber heutzutage in das Gebiet des Abenteuerlichen geraten, wenn etwa ein Vormundschaftsrichter 5000 oder 6000 Vormundschaften unter sich hat. So hat insbesondere die Obervormundschaft die Aufsicht, ob die Anlegung der Gelder wirklich geschehen ist, meist erst bei der Jahresrechnung vorzunehmen, denn dazu ist die Jahresrechnung bestimmt[1]).

XI. Erleichtert wird die Stellung der Obervormundschaft durch die Verpflichtung anderer Behörden, ihr von Ereignissen Mitteilung zu machen, welche die Vormundschaftsverwaltung betreffen, so

1. alle Gerichte, welche Entscheidungen oder Verfügungen erlassen, welche die Erneuerung oder die Aufhebung einer Vormundschaft nötig machen (§ 50 GfG., §§ 657, 660, 678, 680, 685 ZPO.);

2. die Standesämter (§ 48 GfG.),

3. das Nachlaßgericht; es hat namentlich von der Bestimmung einer Inventarfrist gegebenenfalls der Obervormundschaft Mitteilung zu machen (§ 1999 BGB.).

XII. Die Wirkungskraft einer obervormundschaftlichen Entscheidung ist nicht von ihrer Richtigkeit, noch weniger von ihrer Zweckmäßigkeit abhängig. Sie ist auch nicht abhängig von der örtlichen Zuständigkeit der Behörde (§ 7 GfG.); sie ist in ihrer Wirksamkeit auf Dritte von keiner anderen Voraussetzung als der sachlichen Zuständigkeit abhängig (§ 32 GfG.), natürlich vorbehaltlich des guten Glaubens dieser Dritten.

Die Verfügungen sind meist der Abänderung zugänglich, zum kleinen Teil unabänderlich (§§ 18 und 60 GfG.).

Die durch Verfügung erlangte Rechtsmacht aber wirkt gegen Dritte, auch wenn die Verfügung nachträglich aufgehoben wird; die Zurücknahme kann das, was auf ihrer Grundlage gewirkt ist, nicht ungewirkt machen. Eine Betätigung nach der Rücknahme der Verfügung allerdings wäre unwirksam, es müßte denn sein, daß der Dritte die Aufhebung nicht kannte (§§ 32, 55 und 62 GfG.).

---

[1]) Vgl. RG. 21. Februar 1908, Entsch. 67 S. 408.

XIII. Zu der obervormundschaftlichen Tätigkeit gehört vor allem die Genehmigung von Rechtshandlungen. In einer großen Reihe von Fällen ist die Gewalt des Gewalthabers in der Art beschränkt, daß zu seinem Handeln die obervormundschaftliche Genehmigung hinzutreten muß.

1. Diese Beschränkung der Verfügungsgewalt ist eine Beschränkung des Könnens, nicht des bloßen Sollens: sofern sie nicht innegehalten wird, ist das Rechtsgeschäft unwirksam.

2. Genehmigung ist die behördliche Zustimmung, ob vorgängig oder nachträglich; der Ausdruck Genehmigung hat daher hier eine andere Bedeutung als im privaten Rechtsverkehr.

Die vorgängige Genehmigung schafft sofort eine feste Rechtslage, auf die der Gegner auf Verlangen Anspruch hat, wenn er sich in das Geschäft einlassen will; wird sie darum bei einem Vertrag vorgespiegelt, so kann der Vertragsgegner widerrufen, d. h. das Geschäft als unwirksam darstellen, denn er hat einem genehmigten, nicht einem nicht genehmigten Geschäft zugestimmt; bei einseitigen Rechtsgeschäften (Rechtshandlungen) muß die Genehmigung stets eine vorgängige sein, da der Gegner nicht ohne seinen Willen in Schwebe kommen darf (§§ 1829—1831, 1643 BGB.).

3. Von der Genehmigung in Vertragsverhältnissen gilt folgendes:

a) Steht die Genehmigung noch aus, so ist der Vertrag in Schwebe; doch kann der Vertragsgenosse eine Lösung des Schwebezustandes herbeiführen: auf seine Aufforderung muß innerhalb zwei Wochen die etwaige Genehmigung beigebracht werden (§§ 1829, 1643 BGB.).

b) Die Genehmigung der Obervormundschaft erfolgt durch Bekanntmachung an den Vormund nach gewöhnlichen Grundsätzen (§ 16 GfG.); denn das Verhältnis ist folgendes: der Vormund kann nach der Genehmigung die Rechtshandlung vornehmen, er kann, wenn es sich um einen Vertrag handelt, den Vertrag endgültig abschließen, es steht aber immerhin in

---

[1]) Vgl. RG. 7. Dezember 1904, Entsch. 59 S. 277, und 10. Juni 1911, Entsch. 76 S. 364.

seiner Macht, auch nachdem die Genehmigung erfolgt ist, vom Vertrag abzusehen. Darum wäre es vollkommen wirkungslos, wenn etwa die Obervormundschaft die Genehmigung dem Vertragsgegner erklärte: sie hat nicht die Befugnis, dem Vormund vorzugreifen und ihn in seiner Entscheidung zu queren. Allerdings wenn die Erklärung mit vorgängiger Zustimmung des Vormundes an seinen empfangsberechtigten Vertreter, z. B. einen Notar erfolgt, dann steht sie der Erklärung an den Vormund gleich[1]).

c) Die Genehmigung tritt in Kraft, wenn sie der Vormund, nachdem er sie empfangen, dem Gegner mitgeteilt hat. Eine solche Mitteilung ist formlos (§§ 1828, 1829), aber es muß eine Vertragsmitteilung sein, d. h. die Mitteilung muß als geschäftliche Weitergabe, nicht bloß als Erzählung über ein „geschichtliches" Ereignis erfolgen. Gewöhnlich wird natürlich das erstere gelten. Das letztere wäre aber anzunehmen, wenn etwa der Vormund erklärte, es sei die Genehmigung eingetreten, er mache aber davon keinen Gebrauch.

4. Bei einseitigen Rechtshandlungen muß die Genehmigung der Rechtshandlung vorhergehen oder mindestens gleichzeitig mit ihr erfolgen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß, wenn ein Rechtsgeschäft durch ankunftsbedürftige Willenserklärung erfolgt, es erst mit der Ankunft zur Vollendung kommt, weshalb bis zu diesem Momente die Genehmigung gültig eintreffen kann; dies gilt z. B. von der Erbausschlagung[2]), es gilt von der Erklärung an das Grundbuchamt, z. B. der Eintragungsbewilligung[3]). Daß hier der Zufall der Zeit bedeutsam ist, gehört zu den alogischen Elementen des Rechtes[4]).

Eine nachträgliche Genehmigung der einseitigen Rechtshandlung ist wirkungslos, die Rechtshandlung muß vielmehr nach dieser Genehmigung wiederholt werden, wenn sie über-

---

[1]) Vgl. Enzyklopädie II S. 166, KG. 11. Dezember 1911, M. 24 S. 56.

[2]) KG. 30. November 1901, E. f. G. 2 S. 216; KG. 11. November 1904, E. f. G. 5 S. 143.

[3]) KG. 23. Juli 1902, E. f. G. 3 S. 163.

[4]) Lehrbuch I S. 233.

haupt nach dem Stande der Verhältnisse noch wiederholt werden kann und wenn nicht etwa die abschließende Frist verstrichen ist. Die Genehmigung kann auch unter einer Bedingung erfolgen, dann ist die ganze Rechtshandlung bedingt. Natürlich braucht sich aber weder der Gegner eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes noch der Adressat eines einseitigen Rechtsgeschäftes auf eine bedingte Erklärung einzulassen.

5. Die Frage über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung ist eine Frage im Interesse des Mündels. Der Vormund kann daher eine Beschwerde erheben, aber nicht in seinem Namen, sondern im Namen des Mündels, nach Maßgabe des § 20 GfG.; der Mitkontrahent hat keine Beschwerde, denn seine Interessen gehen die Vormundschaft und das Vormundschaftsinstitut nichts an: dieses hat nur die Interessen des Mündels ins Auge zu fassen[1]).

6. Natürlich wird die Genehmigung dem Geschäft erteilt, soweit es der Vormund der Obervormundschaft vorgelegt hat. Die Genehmigung deckt nicht etwaige spätere anderweitige Abmachungen von einiger Erheblichkeit. Die Genehmigung zur Erhebung von Papieren z. B. ist nicht auch Genehmigung zu ihrer Verpfändung.

XIV. Die ganze Anordnung der Obervormundschaft unter Verweisung an die Amtsgerichte hat große Bedenken. Sie stammt noch aus altpatriarchalischen Zeiten, die nicht mehr sind: die Amtsrichter wären als Kontrollbehörde zweiter Instanz am Platze, nicht aber als Träger einer in alle Teile der vielen Vormundschaftsverwaltungen hineinwirkenden Behörde. Die Zahl der zu kontrollierenden Vormundschaften ist zu groß, die Tätigkeit zu vielseitig, als daß hier überall die individuelle Sachkenntnis obwalten könnte; die wünschenswerte Vertrautheit mit den örtlichen Zuständen, die direkte Berührung mit dem Leben ist unmöglich.

Die Übertragung der Obervormundschaft an Gemeindeämter unter Zuzug von Laienpersonen ist höchst wünschenswert. Vgl. auch oben S. 405.

---

[1]) Rostock 15. Mai 1901, E. f. G. 2 S. 108; RG. 12. November 1903, E. f. G. 5 S. 14 (= Entsch. 56 S. 125).

II. Inhalt der Familiengewalt.

I. Kapitel.

Personengewalt.

I. Tatsächliche Personengewalt.

1. Allgemeines.

§ 93.

I. Die elterliche und vormundschaftliche Gewalt erstreckt sich auf Person und Vermögen des Mündels. In bezug auf die Person kann die Gewalt eine tatsächliche und eine rechtliche sein, in bezug auf das Vermögen ist sie regelmäßig eine rechtliche. Zur Personengewalt gehört auch die Befugnis der Verteidigung; mit ihr können Pflichten gegen die menschliche Gesellschaft verbunden sein.

II. 1. Daß Personen- und Vermögensfürsorge in verschiedenen Händen sind, ist, wie bereits bemerkt, eine Unnatur, die sich allerdings nicht immer vermeiden läßt.

Wo überall dies der Fall ist und mithin Personen- und Vermögenssorge in verschiedener Hand stehen, können sich Zwiste ergeben, weil gewisse Handlungen in beide Gebiete einschlagen, so z. B. wenn es sich um die Gestaltung der Erziehung und um die Höhe der Erziehungskosten handelt. Die Zwiste werden hier stets nach §§ 1629, 1798 durch die Obervormundschaft ausgeglichen[1]).

2. Derartige Fälle können namentlich vorkommen, wenn ein Elternteil die Personenfürsorge hat, die Vermögenssorge aber einem Pfleger anheimsteht; oder wenn die Frau die Elternrechte durch eine zweite Ehe verloren hat, jedoch tatsächlich die Personengewalt behält, oder wenn die Frau als Erziehungsberechtigte minderjährig ist, oder wenn der unehelichen Mutter die tatsächliche Personengewalt zusteht: in allen diesen Fällen ist, wer die tatsächliche Personengewalt (Personenfürsorge) besitzt, nicht einfach dem Willen des Vormundes oder Pflegers anheimgegeben, §§ 1629, 1696, 1697, 1707 BGB.

---

[1]) KG. 25. Oktober 1906, E. f. G. 8 S. 7. Dies gilt auch, wenn die Mutter die elterliche Gewalt hat, KG. 25. Oktober 1906, M. 14 S. 248.

III. Eine noch größere Unnatur ist es, daß in einer Reihe von Fällen dem Elternteil die Gewalt eingeräumt, die Vertretung aber ausgeschlossen ist: mit anderen Worten, daß er die tatsächliche, nicht die rechtliche Gewalt besitzt, so namentlich die Ehefrau und Mutter in §§ 1635, 1696, 1697, 1707. Da zwar die Verwaltung auch im eigenen Namen, die Verfügung aber nur vertretungsweise im Namen des Kindes geschehen kann, so ist damit zum Ausdruck gebracht, daß ihr in solchem Falle die Verfügungsgewalt versagt ist; auch die Prozeßführung ist ihr verwehrt, da der Prozeß im Namen des Kindes geführt werden muß; ebenso die Verteidigung des Kindes durch Strafantrag und Rechtsmittel: in allen diesen Fällen muß derjenige eintreten, dem die rechtliche Gewalt zusteht. Der Ehegatte aber, der die tatsächliche Gewalt hat, kann in solchem Falle nicht völlig schutzlos bleiben: nach Rechtsähnlichkeit § 1629 kann er im Falle des Widerspruchs die Obervormundschaft anrufen[1]).

2. Erziehungsgewalt.

§ 94.

I. Der Hauptzweck der Personengewalt ist die Erziehung des Kindes, d. h. die Ausbildung von Körper, Geist und Charakter in einer den sozialen Verhältnissen und der individuellen Natur des Kindes entsprechenden Weise.

Treffend sagt darüber das Schweizer ZGB. in a. 275 Abs. 2:

„Die Eltern haben ihre Kinder ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen und insbesondere auch den körperlich oder geistig gebrechlichen eine angemessene Ausbildung zu verschaffen."

Dies muß auch bei uns gelten. Dabei besteht der Grundsatz: da die Eltern die Kinder zu unterhalten haben, so haben sie die Erziehungskosten, soweit ihre Familienpflicht geht, von sich aus zu bestreiten; sie haben daher die entsprechenden Verträge in ihrem Namen abzuschließen, im Gegensatz zum Vormund, der sie im Namen des Kindes abschließt[2]).

---

[1]) Anderer Ansicht KG. 12. Dezember 1904, E. f. G. 5 S. 136.

[2]) RG. 19. Juni 1914, Hessische Rechtsprax. 14 S. 213. Daher kann auch die Mutter, welcher die Obsorge für das Kind obliegt, die Kosten hierfür vom Vater herausverlangen. Unrichtig Braunschweig 22. Januar 1909, M. 18 S. 261.

II. Die Erziehung ist eine physisch-hygienische, eine wirtschaftliche, eine intellektuelle, eine sittlich-religiöse: nach diesen vier Richtungen hat die Gewalt einzusetzen.

1. Was die Hygiene betrifft, so gehört das Nähere der Erziehungslehre an; das Recht hat hier wenig hineinzusprechen, außer indem es dasjenige billigt, was innerhalb des Kreises der Vernunft geschieht. Nur in einer Beziehung ist die rechtliche Seite bedeutsam: der Gewalthaber hat zu entscheiden, ob eine medizinische Operation gemacht werden soll oder nicht[1]).

2. In wirtschaftlicher Beziehung kann das Recht einwirken: wenn ein Kind einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, so kann der Gewalthaber bestimmen, daß ein Teil des Arbeitslohnes angelegt und dem Kinde nicht ausgehändigt wird[2]).

Für den gewerblichen Arbeitsvertrag gelten nach der GewO. §§ 107 und 119 a besondere Sätze: die Aushändigung des Arbeitsbuches erfolgt regelmäßig an den gesetzlichen Vertreter, jedenfalls wenn der Arbeiter das 16. Lebensjahr nicht überschritten hat; für die Lohnzahlung können die Gemeinden statutarische Bestimmungen geben.

3. Die intellektuelle Erziehung soll sich nach Begabung des Kindes und nach der Möglichkeit richten, diese Begabung später im Leben anzuwenden. Der Erziehungsberechtigte hat zu entscheiden. Die Obervormundschaft kann ausnahmsweise eingreifen, wenn die Entscheidung sich als ein Mißbrauch des Erziehungsrechts darstellt.

4. Über die religiöse Erziehung des Kindes bestimmt die Landesgesetzgebung, sie fällt daher aus unserer Betrachtung heraus[3]). Sollte die Landesgesetzgebung keine Bestimmung haben, so würden folgende Grundsätze gelten:

---

[1]) RG. 30. Juni 1911, JW. 40 S. 748. Dies darf nicht übertrieben werden; eine leichte Operation, z. B. Zahnziehen, darf sich ein Sohn von 17 Jahren auch ohne den Elternteil machen lassen. Das Gegenteil wäre eine Unnatur. Andererseits wird man einem 18jährigen Sohn ein Einspruchsrecht geben, wenn er der Operation widerspricht, und nötigenfalls hat die Obervormundschaft zu entscheiden. Vgl. § 59 GfG.

[2]) LG. Gießen 21. April 1913, Hessen 14 S. 213.

[3]) Hierüber eingehend Güttler, Religiöse Kindererziehung im deutschen Recht (1908).

a) Bestimmungsbefugt ist der Erziehungberechtigte. Dieses Bestimmungsrecht kann nicht durch ein Versprechen oder Abkommen gebunden werden, denn eine solche vorläufige Bindung des Gewissens entgegen einer späteren Überzeugung wäre rechtswidrig[1]).

b) Es könnte für die ganze seelische Entwicklung des Kindes verderblich sein, wenn die einmal begonnene Erziehung in einer Religion beliebig geändert und auf diese Weise ein Zickzackkurs beobachtet würde. Daher muß der Grundsatz gelten, daß eine in einer Religion begonnene Erziehung regelmäßig in dieser Religion weitergeführt werden muß. Doch unterliegt dies, solange beide Eltern leben, dem vernünftigen Satze, daß die Einheit des Hauses nicht gebrochen werden soll; und wenn die Ehegatten über die Art der Erziehung einstimmig sind, so ist hier nicht hineinzureden. Wenn dagegen der eine Ehegatte gestorben ist, so wäre eine Änderung der religiösen Erziehung dann unberechtigt, wenn die religiöse Einwirkung schon tiefere Wurzel gefaßt hatte; sollte im Gegensatz dazu der Überlebende eine Änderung einführen, so könnte die Obervormundschaft angerufen werden.

c) Der obige Satz, daß die Einstimmigkeit der Ehegatten für die religiöse Kindeserziehung maßgebend ist, gilt auch dann, wenn die Ehegatten geschieden sind, denn die Scheidung hindert nicht das gemeinsame Interesse an dem Kinde, und wenn dieses Interesse zum gleichen Resultat führt, so kann man die Seele des Kindes als geborgen erachten[2]).

d) Das Versprechen im Ehevertrag, daß die Kinder in einer bestimmten Konfession erzogen werden sollen, wird von einigen Landesgesetzen für bindend, von anderen für nicht bindend erachtet. Auch wo es nicht bindend ist, wird man doch an den entscheidenden Ehegatten die Anforderung stellen können, nur aus dringenden Gründen davon abzugehen, weil dies oftmals berechtigte Verstimmung erregen wird[3]).

---

1) Vgl. LG. Mosbach 23. Oktober 1909, Bad. R. 1910 S. 152.

2) KG. 4. Juni 1908, M. 17 S. 284.

3) In einem Falle hat das RG. 23. November 1905, JW. 35 S. 21, die Frau infolgedessen für berechtigt erklärt, den ehelichen Wohnsitz zu verlassen. Es war aber ein Württemberger Fall, und in

III. Die elterliche wie die vormundschaftliche Erziehung kann durch Vermittlung dritter Personen erfolgen; sie muß durch solche Vermittlung geschehen, wenn der Elternteil oder Vormund nicht zur Selbsterziehung geeignet ist (Dritterziehung). Die Erziehung kann namentlich auch in der Art erfolgen, daß das Kind in einer auswärtigen Familie oder in einer Anstalt fortgebildet oder auswärts in Lehre und Unterricht gegeben wird. Natürlich ist die Erziehung auch in diesem Falle eine Erziehung durch den Elternteil oder Vormund, was sich darin zeigt:

1. diese haben die Befugnis, das Kind dem Erzieher wegzunehmen;

2. sie können ihm Direktiven geben, die er befolgen soll;

3. der Verkehr mit dem Elternteil oder Vormund (also namentlich der Briefwechsel) darf nicht beschränkt werden;

4. daher ist eine solche Erziehungsweise keine in das Eltern- oder Vormundschaftsrecht eingreifende Jugendfürsorge[1]).

IV. Die Erziehungszwecke verlangen die Beaufsichtigung, die Kontrolle des Umgangs; daher auch die Befugnis, den Briefwechsel zu überwachen, und daraus ergibt sich das Recht der Brieferbrechung[2]).

V. 1. Zum Erziehungsrecht gehört auch das Züchtigungsrecht, bei welchem die Obervormundschaft bestimmend eintreten kann (§§ 1631, 1800). Züchtigung ist Schmerzerregung zur Lenkung der Seele nach bestimmter Richtung.

2. Die Art der Züchtigungsmittel ist im Gesetz nicht bestimmt; die Züchtigung darf nicht zur Mißhandlung, die Zuchtbestimmung der Obervormundschaft nicht zur krimi-

---

Württemberg ist ein solcher Vertrag bindend, wenn er in entsprechender Form abgefaßt ist, was im betreffenden Falle nicht geschehen war. Daß der Ehegatte, dessen religiöses Gefühl hierdurch verletzt wird, unter Umständen die Begattung verweigern kann, weil hierdurch der Zwist auch bei anderen Kindern hervorbrechen könnte, ist bereits oben S. 60 ausgeführt.

[1]) Karlsruhe 17. Januar 1910, Bad. R. 1910 S. 198.

[2]) Darüber mein: Recht an Briefen S. 53f. Auch das Recht, Briefe ganz zurückzuhalten. Eine Ausnahme gilt bei amtlicher Korrespondenz: Amtsrecht geht vor Elternrecht, ebenda S. 54.

nellen Strafe werden[1]); sie muß dem Alter und der Bildungsstufe des Kindes angemessen sein. Dies alles ist unvollständig; ein Jugendfürsorgegesetz muß nähere Ordnung geben[2]).

Das Züchtigungsrecht geht, wenn der Elternteil oder der Vormund das Kind in Dritterziehung gegeben hat, natürlich auf den Erzieher über, solange diesem die Obhut über das Kind belassen wird[3]).

3. Unter Umständen muß auch ein Züchtigungsrecht des Publikums angenommen werden, wenn etwa ein frecher Junge sich öffentlich in zügelloser Weise verhält, z. B. wenn er in einen Wagen Steine oder andere ungeeignete Gegenstände hineinwirft, Leute angreift, beschimpft usw.

Man hat früher vom Standpunkt einer formalistischen Jurisprudenz aus erstaunlich geirrt und eine Person, welche hier in gerechtem Unwillen züchtigend eintrat, wegen Beleidigung bestraft, indem man erklärte, daß Dritten ein solches Züchtigungsrecht nicht zukomme. Dies ist aber unrichtig. Entweder stehen diese ungezogenen Persönlichkeiten im Momente unter der genügenden Aufsicht, so daß sie hier der Züchtigung verfallen, oder es ist nicht der Fall. Sobald die Aufsicht fehlt, ist es Gebot der öffentlichen Ordnung, daß eine Züchtigung eintritt, und zwar eine sofortige Züchtigung, denn auf derartiges Gebahren muß ein unmittelbarer tüchtiger Denkzettel folgen. Man muß daher sagen, daß, wer auf solche Weise einen Jungen züchtigt, eine Art von Erziehungshilfe leistet für denjenigen, der die Erziehung führt; und sollte etwa der Fall so liegen, daß der Erziehungsberechtigte für derartige Ungezogenheiten keine Empfindung hätte oder

---

[1]) Vgl. Nußbaum, Z. Ziv. P. 29 S. 483.

[2]) Das altfranzösische Recht gestattete dem Vater die Einsperrung eines widerspenstigen Sohnes in rücksichtslosester Weise. Der bekannteste Fall ist der Mirabeaus. Die Revolutionsgesetzgebung machte die Einsperrung von einem Beschluß eines Familiengerichtes abhängig, der gerichtlich bestätigt sein mußte. Der C. Nap. hat noch die strengen Bestimmungen des a. 375—380. Das Schweizer ZGB. sucht in a. 284 Abs. 2 gegen schwer erziehbare Kinder vorzugehen.

[3]) RG. 14. Februar 1908, Entsch. St. 41 S. 99, und RG. 30. Juni 1910, Sächs. Arch. 5 S. 525.

gar einem schamlosen Jungen noch Beihilfe leistete, so wäre eine solche Erziehungshilfe doch berechtigt; denn das Einschreiten des Erziehungsberechtigten wäre in diesem Falle unsittlich und nichtig. Neuerdings hat sich namentlich das Oberlandesgericht Jena in dieser Beziehung höchst verständig geäußert[1]).

VI. Die Erziehungszwecke verlangen die Befugnis, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen[2]), und daher auch die Befugnis, die Herausgabe des Kindes zu verlangen (Vindikation); die Erziehung wäre nicht möglich, wenn andere Personen, etwa aus falschem Mitleid oder verkehrten Sentimentalitätsprinzipien oder aus religiösen Beweggründen, das Kind dem Gewalthaber beliebig entziehen könnten.

VII. Ob hierbei der Gewalthaber das Kind abzuholen oder der andere es zu bringen hat, ist nicht ohne weiteres aus dem Familienrecht zu entscheiden: an sich hätte der Gewalthaber das Kind abzuholen, ebenso wie der Vindikant die vindizierte Sache; so namentlich wenn das Kind durch irgendwelche Zufälle, durch irgendwelche Verirrung abhanden gekommen ist und schließlich in fremde Hände geriet. Hat aber der Dritte das Kind widerrechtlich weggeführt, sei es aus Arglist oder auch aus falschem Humanitätsempfinden, dann hat er infolge seines Unrechts die entstehenden Kosten zu tragen und das Kind selbst zurückzubringen[3]).

VIII. Das Vindikationsrecht hat der Elternteil wie der Vormund (§§ 1633 und 1800).

IX. 1. Zur prozessualischen Verwirklichung des Vindikationsanspruches dient

a) die Wegnahme des Kindes,

b) die Beseitigung von Hindernissen, welche dieser Wegnahme entgegenstehen.

Man behauptet allerdings, daß bei der Kindesvindikation regelmäßig nur das Zwangsmittel der Wegnahme gegeben

---

[1]) OLG. Jena 4. Dezember 1912, Goltd.-Kohler 60 S. 498. Vgl. auch Havenstein in Goltd.-Kohler 51 S. 254f.

[2]) KG. 24. Juli 1900, M. 1 S. 366.

[3]) Vgl. Jena 13. Januar 1912, M. 4 S. 9, und Stuttgart 12. Mai 1911, ibid. 23 S. 412, auch Karlsruhe 8. September 1905, ibid. 11 S. 292.

sei, indem das Kind wie eine Sache ergriffen und überantwortet wird[1]). Dies reicht aber nicht aus; denn sehr häufig wird in solchen Fällen das Kind versteckt oder in die Ferne geschickt, also ein Hindernis bereitet, infolgedessen es dem Gerichtsvollzieher und der Polizei nicht zu erreichen ist. Dieses Hindernis muß beseitigt werden können, und es kann nur beseitigt werden durch die Mittel der Vollstreckung nach Art der Tunverpflichtung, also nach § 888 ZPO.[2]). Oder sollte man, wie bei der Sachvindikation, dem Dritten einen Offenbarungseid (§ 883 ZPO.) auferlegen?

2. Der Vindikation kann eine Einrede entgegengehalten werden, wenn der Elternteil nicht in der Lage ist, das Kind zu sich zu nehmen, z. B. wenn er im Gefängnis sitzt oder sonst gefangen gehalten wird; mindestens kann hier die Vindikation nur nach der Richtung hin ergehen, daß dem Kinde ein entsprechender Aufenthalt bei einer dritten Person zugewiesen wird.

3. Die Kindesvindikation steht natürlich nicht unter den Regeln der Vermögensvindikation; ihr kann daher nicht etwa wegen Ersatz der Kosten eine Retentionseinrede entgegengehalten werden. Dies gilt schon deshalb, weil das Interesse des Kindes das überwiegende ist, nicht das Interesse des Vindikanten[3]).

4. Eine eigenmächtige Wegnahme des Kindes durch den Berechtigten ist keine Entführung und nicht als Entführung strafbar. Allerdings kann ein Hausfriedensbruch vorliegen[4]), und dieser wird durch den Zweck der Wegnahme nur dann gerechtfertigt, wenn Selbsthilfe statthaft ist (§ 229 BGB.).

5. Einen besonderen Charakter nimmt die Vindikation im Verhältnis von Ehegatten zu Ehegatten an. Davon ist später (S. 449, 451) zu handeln.

6. Neben der positiven Aufenthaltsbestimmung hat der Erzieher auch die negative Befugnis, den Verkehr eines Dritten mit dem Kinde zu verbieten: so z. B. der Wahlvater

---

[1]) RG. 3. November 1904, JW. 23 S. 557 (wo weitere Literatur).

[2]) So meine Schrift: Ungehorsam und Vollstreckung S. 105 f. Vgl. auch Hamburg 20. November 1909, M. 21 S. 255.

[3]) Hamburg 6. Mai 1904, M. 8 S. 430.

[4]) Karlsruhe 9. März 1910, Bad. R. 1912 S. 1.

gegenüber der (unehelichen) Mutter des adoptierten Kindes[1]). Auch ein prozessualisches Vorgehen gegen Dritte durch gerichtliches Strafverbot ist möglich, sofern ein konsequent verführerisches Handeln vorliegt. Die Verhältnisse liegen hier anders als bei Ehegatten; denn hier ist von einer Unterordnung die Rede, bei den Ehegatten nicht. Vgl. oben S. 74, 327.

II. Rechtsgeschäftliche Personengewalt.

§ 95.

I. Die Personengewalt hat eine andere Bedeutung bei dem geschäftsunfähigen als bei dem geschäftsbeschränkten Mündel.

Bei dem Geschäftsunfähigen ist eine Reihe von Geschäften ausgeschlossen:

1. Der Geschäftsunfähige kann durch Rechtshandlungen seiner Gewalthaber in Adoption gegeben werden, aber nicht selbst adoptieren (§§ 1750, 1751), ähnliches gilt von der Ehelichkeitserklärung (§§ 1728, 1729).

Dagegen kann der Geschäftsbeschränkte mit Hilfe seines Vormundes adoptieren und die Ehelichkeitserklärung erwirken.

2. Der Geschäftsunfähige kann keinen Gütergemeinschaftsehevertrag abschließen und keinen im Ehevertrag enthaltenen Erbvertrag, dagegen der Geschäftsbeschränkte (§§ 1437, 1516, 1549, 2275); ähnlich verhält es sich mit der Aufhebung des Erbvertrages durch den Erblasser (§ 2290), etwas anders mit der Anfechtung des Erbvertrags (§ 2282) und mit dem Erbverzicht (§§ 2347, 2351).

II. Sodann ist der geschäftsbeschränkte Mündel nicht unbedingt der Herrschaftsgewalt und der behördlichen Entscheidung preisgegeben. Abgesehen davon, daß der Vierzehnjährige persönlich gegen Entscheidung der Obervormundschaft die höhere Instanz anrufen kann (§ 59 GfG.), gilt folgendes:

1. Der 14jährige Mündel kann nur mit seiner Zustimmung adoptiert werden (§ 1750 BGB.).

---

[1]) KG. 6. Oktober 1911, M. 24 S. 23.

2. Der Mündel kann nur mit seiner Zustimmung für volljährig erklärt werden (§ 4 BGB.).

3. Die Eheerklärung wie die Anfechtung der Ehe verlangt Selbsterklärung (§§ 1317, 1336).

4. Der einen Ehevertrag abschließende Verlobte oder Ehegatte muß, wenn er einen Gütergemeinschaftsehevertrag oder wenn er mit dem Ehervertrag einen Erbschaftsvertrag abschließt, mit seinem gesetzlichen Vertreter selbst handeln (§§ 1437, 1549, 2275), und auch noch bei anderen Erbschaftsgeschäften gilt ähnliches (§§ 2282, 2290, 2347, 2351), so auch im Fall des § 1516.

5. Der Mündel soll unter Umständen, wenn es sich um eine Entscheidung des Vormundes handelt, von der Obervormundschaft mindestens gehört werden, unter Umständen überhaupt, unter Umständen wenn er 14jährig, unter Umständen wenn er 18jährig ist: so bei Lehr- und Arbeitsvertrag, Staatsentlassung, Immobiliargeschäften und Gesamtheitsgeschäften (§ 1827). Vgl. auch noch oben S. 416.

III. Für eine Reihe von Rechtshandlungen der Personengewalt bedarf der Gewalthaber der obervormundschaftlichen Genehmigung

1. für den Antrag auf Todeserklärung (§ 962 ZPO.),

2. für die Adoption, sowohl auf seiten des Wahlvaters, als auch auf seiten des Wahlkindes (§§ 1750, 1751),

3. für den Antrag auf Entlassung aus dem Staatsverband[1]), sofern die Entlassung nicht bloß eine akzessorische ist[2]) (§ 19 StaatsangehG.),

4. für familienrechtliche Akte des Geschäftsunfähigen, so für die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes durch den geschäftsunfähigen Ehemann (§ 1595), für die Anfechtung der Ehe und die Ehekündigung (§ 612 ZPO.),

---

[1]) Hier ist für die Beschwerde gegen den obervormundschaftlichen Beschluß, welche auch der Staatsanwalt erheben kann, besondere Vorsorge getroffen.

[2]) Wird der Elternteil, der die Personengewalt über das Kind hat, aus der Staatsangehörigkeit entlassen, so sollen Eltern und Kinder im Zweifel nicht getrennt werden; die Entlassung wird daher in solchem Falle dem Kinde mit erteilt (§§ 19, 23 StaatsangehG.).

5. für gewisse erbrechtliche Geschäfte, so für Anfechtung eines Erbvertrages durch einen Geschäftsunfähigen (§ 2282), für Aufhebung eines Erbvertrages (nach Umständen, § 2290), und in gewissen Fällen des Erbverzichtes (§ 2347) und seiner Aufhebung (§ 2351); ebenso für Geschäfte der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1491 und 1517).

IV. Das Verteidigungsrecht des Gewalthabers für die Interessen des Kindes zeigt sich

1. in der Befugnis des Strafantrages nach § 65 StGB. und in der Strafklage nach § 414 StPO.[1]),

2. in der Befugnis der Verteidigung im Strafprozeß nach §§ 137, 149 StPO.[2]),

3. in der Befugnis der Rechtsmitteleinlegung im Strafprozeß nach § 340 StPO.

Alle diese Verteidigungshandlungen erfolgen kraft der Personengewalt, sie erfolgen aber im Namen des Kindes, weshalb die vom Gewalthaber eingelegten Rechtsmittel eingelegt bleiben, auch wenn der Gewalthaber stirbt[3]).

V. Die der Personengewalt entsprechende Pflicht gegen die Allgemeinheit ist folgende: Das Kind soll beaufsichtigt und es soll dadurch verhütet werden, daß es schädlich in fremde Interessen eingreift. Die Aufsicht ist daher nicht nur eine erziehliche, sondern auch eine sichernde. In dieser Hinsicht ist § 832 BGB. wesentlich; er geht aber über unser Gebiet hinaus: denn er bezieht sich nicht nur auf die elterliche und vormundschaftliche Gewalt, sondern auf alle Fälle, in welchen jemandem die Aufsicht über eine nicht voll entwickelte oder geistesgestörte Person obliegt. Natürlich muß diese Haftung nach den individuellen Umständen abgegrenzt werden; der Vater haftet nicht, wenn nach der ganzen Vergangenheit und Erziehung ein bestimmter Exzeß nicht zu befürchten war, z. B. wenn das Kind, ohne daß man es erwartete, ein Gewehr

---

[1]) Köln 25. Januar 1904, Goltd.-Kohler Arch. 52 S. 261, Celle 15. Dezember 1902, ebenda 52 S. 109.

[2]) Weiter gehen §§ 322, 324 StPO. im Abwesenheitsverfahren, wo jeder Angehörige zugelassen wird.

[3]) Zutreffend Alsberg in Goltd.-Kohler Arch. 61 S. 487, wo die widersprechenden reichsgerichtlichen Entsch. vom 9. Juli 1912 und vom 6. Mai 1913, Entsch. St. 46 S. 138 und 47 S. 160, erörtert werden.

wegnahm und mit ihm hantierte[1]); oder wenn es sich um eine Spielerei handelte, von der nicht zu fürchten war, daß sie einen schlimmen Erfolg habe[2]); oder wenn er das Kind in Aufsicht gegeben hatte, und dabei anzunehmen war, daß die Aufsichtsperson genüge, um das Kind von schlimmen Dingen zurückzuhalten[3]). Vgl. im übrigen Lehrb. II S. 489, 512.

II. Kapitel.

Vermögensgewalt.

I. Vermögensgewalt als Recht.

§ 96.

I. Die Verwaltung des Kindesvermögens erfolgt kraft des Gewaltrechtes; daß sie in elterlichen Verhältnissen auch eine Verwaltung kraft des Nutznießungrechtes sein kann, ist später zu erörtern. Die Verwaltung kraft des Gewaltrechtes kann sich zur Verfügung steigern und steigert sich zur Verfügung, soweit die Gewaltverhältnisse es erfordern, natürlich mit Rücksicht darauf, daß die Gewalt nicht eine egoistische Gewalt ist, sondern eine Gewalt im Interesse des Kindes; daher kündet sich die Gewalt, soweit sie sich in rechtlichen Verfügungen zu äußern hat, an als Vertretung: der Gewalthaber wirkt als gesetzlicher Vertreter. Vgl. S. 399.

II. Handelt und verfügt der Gewalthaber innerhalb seines Bereiches, so wirkt dies, auch wenn er ungeschickt und unzweckmäßig handelt. Daher hat der Prozeßrichter, welcher über die Gültigkeit seiner Handlungen zu urteilen hat, nicht die Zweckmäßigkeit zu berücksichtigen, wohl aber ist es Sache der Obervormundschaft, gegen den Vormund, wenn er ungeschickt oder pflichtwidrig handelt, das Nötige vorzukehren[4]).

III. Wegen des durch Schenkung erworbenen Vermögens gilt das Bestimmungsrecht des Schenkers; dasselbe gilt, soweit das Vermögen durch Erbrecht erworben wird, von dem Bestimmungsrecht des Erblassers. Insbesondere kann die

---

1) RG. 3. November 1904, JW. 34 S. 21.
2) RG. 10. Februar 1904, JW. 33 S. 222.
3) RG. 5. März 1904, JW. 33 S. 357.
4) RG. 6. Dezember 1909, Entsch. 72 S. 260.

Zuwendung eine Befreiungsklausel enthalten, also das Vermögen der Verwaltung oder der Nutznießung des Gewalthabers oder beiden entziehen. In dieser Beziehung ist auf die Lehre von der Schenkung zu verweisen (Lehrbuch II S. 231).

IV. Der Gewalthaber kann die Verfügung als Stellvertreter und das ihr vorausgehende obligationsrechtliche Geschäft in eigenem Namen vornehmen: in solchem Fall kann er auch im eigenen Namen erwerben, worauf dann nachträglich die Übertragung des Erwerbs an den Mündel erfolgt. Geschieht das materielle Rechtsgeschäft im Namen des Kindes, dann erfolgt natürlich auch der dingliche Erwerb direkt in dessen Namen. Wesentlich ist also, in wessen Namen ein Erwerb stattfand: das Ersatzprinzip, wonach der Erwerb mit Kindesvermögen ohne Rücksicht auf die Besonderheit des Erwerbsgeschäftes von selbst Kindesvermögen werden soll, gilt nicht: der Erwerb fällt in das Vermögen dessen, in dessen Namen er geschah; doch spricht, wenn der Erwerb mit Mitteln des Mündelvermögens erfolgt ist, die Vermutung dafür, daß er auch im Namen des Mündels erfolgte (§ 1646)[1].

Hierzu ist weiter zu bemerken: Ist das obligationsrechtliche Geschäft im Namen des Gewalthabers abgeschlossen worden, so ist die Annahme der Erfüllung ebenfalls zunächst sein Geschäft, und wenn die Obligationsforderung durch Erfüllungsannahme erlischt, so erlischt sie als seine Forderung; ist dagegen das Geschäft im Namen des Kindes abgeschlossen worden, dann ist die Annahme der Erfüllung Verfügung, denn dann handelt es sich um ein Erlöschen einer Forderung des Kindes. Dies ist für den Vormund wichtig wegen der Zustimmung des Gegenvormundes (§ 1812).

V. Eine Vermögensverfügung im Namen des Kindes ist entweder ohne weiteres statthaft oder nur statthaft mit obervormundschaftlicher Genehmigung: möglicherweise ist sie auch ganz ausgeschlossen. Ausgeschlossen sind Schenkungen,

[1]) Daß dies für bewegliche Sachen besonders ausgesprochen wird, ist begreiflich, da bei Grundvermögen die Eintragung in das Grundbuch die Person bezeichnet, für welche erworben wird.

abgesehen von Anstandsschenkungen (§§ 1641, 1804): Schenkungen aber sind nicht identisch mit Freigebigkeiten; daher ist es statthaft, ein aus früherer Zeit herrührendes Schenkungsversprechen zu erfüllen, und wenn ein entgeltliches Geschäft abgeschlossen wird, bei welchem der Dritte bevorteilt wird, so ist das Geschäft an sich gültig, vorbehaltlich der Verantwortung der einen oder anderen Partei im Falle eines arglistigen Verhaltens.

Die Genehmigung der Obervormundschaft ist bei Geschäften des Vormundes in viel höherem Maße erforderlich als bei Geschäften der elterlichen Gewalthaber.

An dieser Stelle sind nur diejenigen Beschränkungen zu besprechen, welche sich auf beide Arten von Gewalthabern gleichmäßig beziehen.

VI. Genehmigungsbedürftig sind hiernach Grundstücksgeschäfte und Gesamtheitsgeschäfte kraft ihrer besonderen wirtschaftlichen Bedeutung, sodann Geschäfte, die in das Höchstpersönliche eingreifen, und endlich Geschäfte, die wegen ihrer Gefahr eine besondere Vorsicht erheischen.

Genehmigungsbedürftige Geschäfte in diesem Sinne sind also

1. Grundstücks- und Gesamtheitsgeschäfte:

a) Grundstücksgeschäfte, d. h. die Grundstücksverfügungen und Grundstücksverfügungsgeschäfte, also

α) Grundstücksverfügungen, d. h. Verfügungen über Grundstücke oder Grundstücksrechte; von letzteren werden aber die Wertrechte an Grundstücken ausgenommen, denn diese haben wie alle Wertrechte mit Rücksicht auf ihren Geldzweck beweglichen Charakter (§ 1821 Z. 1 und § 1643);

β) Grundstücksverfügungsgeschäfte, d. h.

αα) Verfügungen über eine bestehende Forderung, welche auf Erlangung eines solchen dinglichen Rechtes geht (§ 1821 Z. 2 und § 1643),

ββ) schuldrechtliche Geschäfte, worin eine Verpflichtung zu solcher Verfügung eingegangen wird (§ 1821 Z. 3 und § 1643).

Nicht hierher gehören die Grunderwerbsgeschäfte, d. h. die auf den Erwerb derartiger Rechte gerichteten Ver-

fügungen; hier bedarf nur der Vormund, nicht auch der Elternteil der Genehmigung.

Genehmigungsbedürftig sind

b) Gesamtheitsgeschäfte.

α) Verfügungen und Verfügungsgeschäfte über eine Vermögensgesamtheit; dazu gehört insbesondere die Erbausschlagung, welcher auch die Ausschlagung von Vermächtnissen und der Verzicht auf den Pflichtteil gleichgestellt sind, weil es sich hier, wenn nicht immer, so doch vielfach um Vermögensmassen oder um Äquivalente von Vermögensmassen handelt. Bei diesen Ausschlagungen gilt jedoch eine Erleichterung für den Elternteil: er kann ohne Genehmigung eine Ausschlagung für den Mündel vornehmen, wenn dieser erst in zweiter Reihe bei Ausschlagung des Elternteils berufen wird; der Elternteil, in dessen Freiheit es stände, dem Mündel die Zuwendung durch Eigenannahme zu versperren, hat auch das Recht, sie im Namen des Mündels auszuschlagen. Anders wenn Vater und Mündel beide in erster Reihe bedacht sind: fällt hier der ausgeschlagene Teil des Vaters dem Kinde kraft Anwachsung zu, dann ist der Vater nicht freier Herr, um den Erwerb des Kindes auszuschlagen, sondern er bedarf der Obervormundschaft (§ 1822 Z. 1 und 2, § 1643).

Der Erbschaft steht die fortgesetzte Gütergemeinschaft gleich (§ 1484).

β) Verfügung und Verfügungsgeschäfte über ein ganzes Erwerbsunternehmen, auch ursprüngliche Begründung eines solchen, während zur Auflösung eines solchen Unternehmens nur der Vormund, nicht der Elternteil der Genehmigung bedarf (§§ 1643, 1645, 1822 Z. 3, § 1823).

2. In das Höchstpersönliche greifen Geschäfte ein, welche eine fortdauernde Verpflichtung des Mündels begründen, und zwar eine Verpflichtung über ein Jahr nach dem 21. Jahre hinaus; hierher gehören die Miet- und Pachtverträge, sei es, daß der Mündel Mieter oder Vermieter ist (§ 1822 Z. 5, § 1643).

3. Als besonders gefahrdrohend gelten Darlehen, Wechselzeichnung und Bürgschaft (Garantieübernahme, Interzession); gehören allerdings solche Geschäfte, wie bei einer Bank,

welche für den Mündel betrieben wird, zur täglichen Gewerbsübung, dann würde eine jedesmalige Genehmigung im einzelnen Falle den ganzen Betrieb lahmlegen. Läßt man daher ein solches Unternehmen im Namen des Mündels betreiben, so ist es nicht anders möglich, als daß die Obervormundschaft eine vorhergehende allgemeine Genehmigung zu derartigen Geschäften gibt (§ 1822 Z. 8—10, §§ 1825, 1643). Nicht dasselbe gilt für die Bestellung eines Prokuristen (§ 1822 Z. 11); denn diese ist ein Momentanakt, keine regelmäßige Betätigung des Gewerbebetriebes; daher muß hier die erforderliche Genehmigung stets eine spezielle sein[1]).

VII. Des näheren gilt folgendes:

1. Der Gewalthaber ist, wie oben bemerkt, nicht ohne Genehmigung zur Verfügung über ein Grundstück berechtigt. Eine solche Verfügung liegt auch dann vor, wenn er das Grundstück mit einer Hypothek belastet, oder wenn er, falls es schon mit einer Hypothek belastet ist, die Hypothekenlage beschwert, z. B. wenn der Zinsfuß erhöht, oder wenn das Kündigungsrecht des Grundeigners verringert[2]), oder eine darauf liegende Sicherungshypothek in eine Briefhypothek verwandelt wird[3]), denn bei der Briefhypothek wird der Sicherungshypothek eine eventuelle Grundschuld hinzugefügt[4]). Dagegen hat die Unterwerfungsklausel unter die Zwangsvollstreckung bloß prozessualen Charakter, sie enthält nicht eine Steigerung der materiellen Haftung; sie bedarf daher keiner Genehmigung[5]).

2. Die Eingehung einer Mobiliarverpflichtung ist nicht genehmigungsbedürftig, auch wenn mittelbar aus dieser Verpflichtung eine Grundstückszwangsvollstreckung oder ein richterliches Pfandrecht hervorgeht; dies auch nicht, wenn hierfür eine vollstreckbare Urkunde ausgestellt wird[6]). Die

---

[1]) KG. 21. Februar 1913, M. 27 S. 369.

[2]) KG. 5. Dezember 1904, E. f. G. 5 S. 197.

[3]) Vgl. LG. Mainz 30. Juli 1909, Hessen 10 S. 117.

[4]) Enzykl. II S. 66.

[5]) Unrichtig Colmar 13. August 1909, Els.-Lothr. 34 S. 603 (= M. 21 S. 287).

[6]) KG. 26. April 1906, E. f. G. 7 S. 224.

Möglichkeit der Begründung eines unbestimmten Wertrechts macht ein Geschäft nicht zu einem Grundstücksgeschäft.

3. Die Verfügung über eine Hypothek bedarf an sich der obervormundschaftlichen Genehmigung nicht, namentlich dann nicht, wenn sie von seiten des Elternteils erfolgt; so auch eine Rangzurückstellung[1]). Geschieht allerdings diese Verfügung als Garantie für eine fremde Verpflichtung, dann ist sie eine Art von Interzession, welche der Genehmigung bedarf (§ 1822 Z. 10, § 1643)[2]).

4. Eine Entgegennahme der Auflassung bedarf für den Elternteil nicht der obervormundschaftlichen Genehmigung[3]), denn der Elternteil erwirbt ohne Obervormundschaft grunddinglich.

Und wenn der Elternteil, indem er ein Grundstück erwirbt, den Kaufpreis als Hypothek darauflegt, so ist das Ganze als Einheit zu betrachten: es liegt daher keine Belastung eines im Vermögen des Mündels schon vorhandenen Grundstückes, sondern der Erwerb eines belasteten Grundstückes vor, wozu der Elternteil keiner Zustimmung bedarf: im Augenblick des Erwerbs ist das Grundstück auch belastet. Das Gegenteil hieße ein einheitliches wirtschaftliches Geschäft in zwei Teile zerreißen[4]). Es ist dieselbe Frage wie zu § 1445 bezüglich des Ehemannes[5]). Manche allerdings, welche die Frage bei § 1445 richtig entscheiden, wollen für unseren Fall das Gegenteil annehmen und erfordern hier eine obervormundschaftliche Genehmigung. Man beruft sich namentlich darauf, daß der Vater für die Anlegung der Gelder des Kindes zu sorgen habe, eine Erwägung, welche aber hier nicht einschlägt; denn damit, daß der Kaufpreis hypothekarisch stehen bleiben kann, ist noch nicht gesagt,

---

1) LG. Mainz 30. Juli 1908, Hessen 10 S. 12.

2) RG. 29. März 1911, Entsch. 76 S. 89.

3) KG. 3. September 1908, M. 18 S. 263.

4) Unrichtig Kipp S. 298. Will man sagen, juristisch handele es sich zuerst um Eigentumserwerb, dann um Belastung des bereits erworbenen Eigentums, so würde man den formalen Gesichtspunkt über den wirtschaftlichen stellen. Solcher Formalismus ist aber der größte Fehler, den die Rechtswissenschaft begehen kann.

5) Zutreffend Colmar 23. Dezember 1907, Els.-Lothr. 33 S. 93. Über den Fall des § 1445 vgl. oben S. 240.

daß der Elternteil nicht unter Umständen gehalten wäre, für die Anlage des Geldes in anderer Weise zu sorgen, worüber aber die Obervormundschaft nur ausnahmsweise nach § 1667 zu bestimmen hat[1]).

Und dasselbe gilt, wenn der Elternteil bereits vorhandene, auf dem Grundstück liegende Hypotheken übernimmt: er erwirbt damit nur ein wirtschaftliches Minus gegenüber dem Erwerb des unbelasteten Grundstücks und es handelt sich nicht um die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, mindestens solange nicht die Schuldverbindlichkeit selbst mit übernommen ist[2]).

Ein Grundstückstausch bedarf natürlich der obervormundschaftlichen Genehmigung[3]).

5. Zum Vergleich bedarf der Elternteil keiner obervormundschaftlichen Genehmigung, er bedarf aber einer solchen, wenn der Vergleich die Übernahme von wiederkehrenden Leistungen über die Volljährigkeit hinaus enthält, allein dann ist es dieses letzte Moment, es ist nicht der Vergleich, welcher die Genehmigung erforderlich macht[4]).

6. Zum Erbteilungsvertrag bedarf der Vormund, nicht aber der Elternteil der Genehmigung; dies gilt auch von der gerichtlichen Erbteilung, bei welcher aber, wie oben bemerkt, das Nachlaßgericht „vikarierend" als Obervormundschaft eintreten kann (§ 97 GfG.). Eine Erbteilung, bei welcher Grundstücke mitenthalten sind, ist keine Grundstücksübertragung, sondern eine Regelung des vorhandenen Gemeinschaftsstandes. Nur ein verkehrter Formalismus kann hier eine Übertragung herausfinden[5]). Für eine gerichtliche Grundstücksteilung durch Zwangsversteigerung bedarf der Antrag des Vormunds, nicht aber der Antrag des Elternteils der Genehmigung (§ 181 ZVG.).

---

[1]) Vgl. unrichtig Darmstadt 8. September 1909 und LG. Mainz 15. Juli 1909, Hessen 11 S. 21/22, KG. 25. Januar 1906, E. f. G. 7 S. 131.

[2]) Unrichtig Ob. LG. München 30. Dezember 1903 und KG. 30. Mai 1904, M. 9 S. 463, 461.

[3]) Oberstes LG. München 30. Dezember 1903, M. 9 S. 463.

[4]) Oberstes LG. München 16. Dezember 1905, M. 12 S. 325.

[5]) Unrichtig Kipp S. 290. Unrichtig KG. 24. November 1902, M. 8 S. 236, Colmar 14. Juni 1910, Els.-Lothr. 35 S. 434.

7. Die Begründung eines Erwerbsunternehmens kann durch Rechtsgeschäfte und auch durch andere Dinge erfolgen, z. B. durch Reklame und Propagandaschriften. Die Gesamtheit dieser Tätigkeit ist nicht wieder als Rechtsgeschäft zu betrachten, sondern als ein neutraler Tätigkeitskomplex, der allerdings Rechtsfolgen herbeiführt. Wenn daher der Gewalthaber für das Kind ein Erwerbsunternehmen ohne Genehmigung begonnen hat (§§ 1645, 1823), so ist das Erwerbsunternehmen begründet und die daraufhin abgeschlossenen Verträge und Rechtshandlungen sind an sich gültig; wohl aber ist der Gewalthaber gehalten, das Geschäft wieder einzustellen und aufzugeben[1]).

Anders wenn die Bildung eines Erwerbsunternehmens durch begründenden Abschluß eines Rechtsgeschäftes geschieht, wenn also das Erwerbsunternehmen gekauft oder durch Bildung einer Gesellschaft instand gesetzt wird: Kauf und Gesellschaftsvertrag sind dann genehmigungsbedürftig und bei ermangelnder Genehmigung wirkungslos (§ 1822 Z. 3, § 1643). Dies gilt auch für den Abschluß einer stillen Gesellschaft[2]); noch mehr für die Eingehung einer G. m. b. H., bei welcher ja zugleich in gewissen Fällen eine Garantiepflicht übernommen wird (§ 24 Ges. über G. m. b. H.)[3]), ebenso für den Eintritt in eine Genossenschaft[4]), noch mehr für die Bildung einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft[5]).

8. Vor allem steht die Interzession durch das Kind unter dem Schutze der Obervormundschaft: sie kann nur mit ihrer Genehmigung geschehen. Das gilt, wenn die Übernahme eine kumulative ist, wie bei Bürgschaft oder durch Pfandbestellung, also wenn körperliche oder unkörperliche Gegenstände des Mündels für die Schuld eines Dritten verpfändet oder in Sicherungsübereignung gegeben werden, wenn z. B.

---

1) Breslau 11. Februar 1913, M. 26 S. 270.

2) Zu Unrecht verneint vom KG. 29. Oktober 1910, M. 21 S. 290. Man könnte die Verneinung nur rechtfertigen, wenn es sich um eine Beteiligung am Gewinn ohne Beteiligung am Verlust handelt.

3) KG. 31. Januar 1913, M. 27 S. 367.

4) KG. 6. Juli 1905, E. f. G. 6 S. 132.

5) KG. 18. November 1901, E. f. G. 3 S. 20.

eine auf das Kind gestellte Lebensversicherung verpfändet wird[1]); es gilt auch, wenn die Übernahme eine privative ist, wie bei der eigentlichen Schuldübernahme oder bei einem Darlehen, das im Namen des Mündels für einen Dritten aufgenommen wird, dies auch dann, wenn das Darlehen unter dem Merkzeichen eines abstrakten Schuldscheines verdeckt ist[2]). Wie es sich verhält, wenn der Elternteil ein Grundstück erwirbt und hierbei eine auf dem Grundstück liegende Hypothek zur Zahlung übernommen wird, ist bereits besprochen worden.

9. Eine Verfügung des Vaters über bewegliche Sachen und über Forderungen des Kindes, z. B. über das Sparkassenbuch, bedarf keiner obervormundschaftlichen Genehmigung[3]).

II. Vermögensgewalt als Pflicht.

1. Kontrolle, Sicherstellung, Ausgleichung.

§ 97.

I. Voraussetzung jeder eingehenden Kontrolle der Verwaltung ist ein Vermögensverzeichnis. Das Verzeichnis kann ein doppelseitiges oder ein einseitiges sein: ein doppelseitiges, wenn beide Interessenten zugezogen werden, wie z. B. beim Nießbrauch eines Vermögens (§ 1035); das Vermögensverzeichnis des Gewalthabers aber ist regelmäßig nur ein einseitiges; etwas dem doppelseitigen Verzeichnis Verwandtes ist das Verzeichnis des Vormundes nur wegen der Zuziehung des Gegenvormundes (§ 1802) und das Verzeichnis der Mutter nur wegen der Zuziehung des Beistandes, falls ein solcher ernannt ist (§ 1692). Das Verzeichnis kann ferner ein abschließendes oder ein zu ergänzendes sein; das letztere ist hier der Fall, denn auch das später anfallende Vermögen ist zu inventarisieren (§§ 1640, 1802).

II. Im übrigen gilt unter den Gewalthabern folgender Unterschied: Der Vormund hat stets ein Verzeichnis zu errichten; der Elternteil ist begünstigt: solange beide Eltern am Leben sind, wird davon abgesehen, der eine Ehegatte

---

[1]) Colmar 20. Februar 1912, Els.-Lothr. 38 S. 197.

[2]) KG. 6. Juli 1910, M. 21 S. 289.

[3]) RG. 3. März 1911, Entsch. 75 S. 357.

genügt insofern zur Kontrolle des anderen. Der Elternteil hat ein Verzeichnis nur zu errichten

1. bei dem Tode des anderen Ehegatten; dem Tod steht die Todeserklärung gleich (§ 1640).

2. Eine weitere Pflicht, ein Verzeichnis einzureichen, hat er dann, wenn er sich wieder verheiratet; die Mutter verliert hier die elterliche Gewalt (§ 1697), der Vater behält sie zwar: um so mehr drängen die Umstände der neuen Ehe zu einer Klärung der Verhältnisse und zur Sicherung der ersteheIichen Kinder (§ 1669).

3. Endlich kann die Obervormundschaft ein Verzeichnis verlangen, wenn das Vermögen des Kindes als gefährdet erscheint (§ 1667).

III. Das Inventar des Gewalthabers enthält eine Zusammenstellung des Vermögens unter Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit; hierbei ist der Elternteil, was das Inventar zu II 1 betrifft, dadurch begünstigt, daß er über Haushaltungsgegenstände bloß eine summarische Übersicht zu geben hat (§ 1640). Das Inventar des Gewalthabers braucht nicht zugleich eine Wertung und eine bewertende Beschreibung zu enthalten. In dieser Art unterscheidet es sich vom Erbinventar des § 2001[1]). Auch von seiner Beschaffenheitsbeschreibung im Sinne des § 1034 ist keine Rede.

IV. Im einzelnen gilt noch folgendes:

1. Ein solches Vermögensverzeichnis hat der überlebende Elternteil auch dann vorzunehmen, wenn er an dem Vermögen des Mündels die Nutznießung hat: ein Verzeichnis ist gerade hier ganz besonders notwendig[2]).

2. Das Verzeichnis des Kindesvermögens muß auch diejenigen Vermögensstücke enthalten, an denen das Kind nur ein Recht der Nacherbschaft oder des Nachvermächtnisses hat; dies auch dann, wenn der Elternteil, der das Verzeichnis einzureichen hat, selbst der Vorerbe ist[3]).

V. Erweitert wird die Verpflichtung, wenn ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen Elternteil und Kind besteht: hier

---

[1]) KG. 21. Mai 1908, M. 18 S. 290.

[2]) KG. 8. Juli 1901, M. 3 S. 105.

[3]) KG. 14. Juni 1912, Johow 43 S. 38.

muß vor der Neuverheiratung die Gemeinschaft auseinandergesetzt oder die Auseinandersetzung mindestens eingeleitet werden (§§ 1669, 1493).

VI. Größer noch ist der Unterschied zwischen Vater und Vormund in der Rechnungskontrolle. Der Vormund muß der Obervormundschaft gegenüber seine Verwaltung durch periodische Rechnungsstellungen erläutern und rechtfertigen (§§ 1840f.), bei dem Elternteil ist die Rechnungsablage lediglich eine Sache zwischen ihm und dem Kind bei Beendigung (oder Beruhen) des Gewaltverhältnisses (§ 1681); sie ist also lediglich eine Rechnungslegung zwischen Verwalter und Vermögenseigner, sie ist keine Rechtfertigung gegenüber einer staatlichen Behörde. Eine öffentliche Rechnungslegung kann vom Vater nur verlangt werden, wenn das Vermögen des Kindes als gefährdet erscheint (§ 1667).

VII. Der Vater braucht ebensowenig wie der Vormund eine Sicherheit zu bestellen. Jedoch kann

1. die Obervormundschaft dem Vater Sicherheitsstellung auferlegen in der Art, daß ihm bei Nichtstellung die Vermögensverwaltung entzogen wird. Diese Sicherstellung geschieht durch Hinterlegung oder durch Hypothek, eventuell durch Bürgschaft; sie geschieht unter Mitwirkung der Obervormundschaft: die Mitwirkung ersetzt die zur Sicherheitsleistung nötige Gegenerklärung des Mündels (§§ 1668, 1670, 1672 BGB.). Vgl. oben S. 403.

2. Die Obervormundschaft kann dem Vormund Sicherheitsleistung in bestimmter Art und in bestimmter Höhe auferlegen (§ 1844 BGB.) und diese direkt erzwingen (§ 54 GfG.).

VIII. Eine Ausgleichung zwischen dem Gewalthaber und dem Mündel muß häufig erfolgen mit Rücksicht auf die mit dem Gewaltverhältnis verbundenen Vermögenseingriffe oder die damit verbundenen Vermögenszuwendungen. Es kann sich hier ergeben, daß der Gewalthaber entweder etwas von seiner Habe in das Vermögen des Mündels hineingelegt hat, oder daß umgekehrt etwas von dem Vermögen des Mündels in das seinige geflossen ist. Das letztere wäre nur in beschränkterem Maße der Fall, wenn das Ersatzprinzip unbedingt gelten würde, so daß alles, was mit Mündelgeld angeschafft worden ist, ohne weiteres auch wieder Mündel-

vermögen würde und umgekehrt. Dies ist aber, wie oben (S. 426) bemerkt, nicht der Fall. Die erworbenen Gegenstände treten vielmehr in das Vermögen dessen, in dessen Namen der Erwerb geschieht: der Vermögenserwerber entscheidet daher durch die Art des Rechtsgeschäftes über das Eigentum; daher kann es häufig vorkommen, daß der Gewalthaber in vollkommen normaler und redlicher Art etwas aus dem Vermögen des Mündels erwirbt, das er diesem zu erstatten hat.

Die Ausgleichung zwischen Vormund und Mündel hat möglichst alsbald zu erfolgen; hierfür sind besondere Einrichtungen getroffen, besonders die Rechnungslegung, bei welcher die gegenseitigen Beziehungen zu berichtigen sind. Zwiste können alsbald, nicht erst bei Aufhebung der Vormundschaft zum gerichtlichen Austrag gebracht werden (§ 1843).

Bei dem Elternteil gilt im allgemeinen der Grundsatz, daß bei Beendigung der elterlichen Gewalt, aber auch schon bei ihrem Beruhen, ja schon bei Entziehung der Vermögensverwaltung, eine Ausgleichung stattfinden soll (§ 1681); für das Nutznießungsvermögen gelten besondere Sätze (§ 1657), S. 467.

2. Kapitalisierung.

§ 98.

I. Anlegung des Vermögens ist die Verwandlung von mehr oder minder unfruchtbaren Vermögenswerten in fruchtbringendes Kapital; sie ist Pflicht des Gewalthabers, §§ 1642, 1806 f., 1814 f. BGB.

II. Die Art der Anlegung kann, wenn sie durch Depositengeschäft geschieht, mit Verklammerung erfolgen, in der Art, daß die Rücknahme des hinterlegten Vermögens nicht durch den Vormund allein, sondern durch den Vormund mit Gegenvormund oder Obervormundschaft geschehen muß (§§ 1809, 1814 BGB.), m. a. W.: die Gewalt (die Vertretungsmacht) des Vormundes erfährt, was die Rücknahme betrifft, insoweit eine Minderung, als eine Rücknahme ohne die bezeichnete Genehmigung nicht als Rücknahme durch den legitimen Empfänger gilt. Für die väterliche Gewalt ist eine solche Verklammerung regelmäßig nicht vorgeschrieben, sie findet nur ausnahmsweise statt, wenn das Vermögen des Kindes gefährdet ist (§ 1667);

dagegen ist sie bei der mütterlichen Gewalt vorgeschrieben, wenn ein Beistand ernannt ist: auch hier soll bestimmt werden, daß die Mutter nur in Verbindung mit dem Beistande zugleich die Befugnis zur Rücknahme hat (§ 1691 in Verbindung mit §§ 1809, 1810 BGB.). Vor allem ist die Verklammerung bei der Vormundschaft geboten: sie ist ein vorzügliches Mittel, um den Mündel bei der vormundschaftlichen Verwaltung zu sichern (§§ 1809, 1810, 1814, 1818). Die Verklammerung gilt natürlich nicht nur für die Rücknahme, sondern auch für die Übertragung des Rücknahmerechts und für das entsprechende Verpflichtungsgeschäft (§ 1819).

III. Die Anlagepflicht ist teilweise durch Reichs-, teilweise durch Landesrecht näher bestimmt. Der Gedanke ist der: eine solche Anlage zu finden, die einerseits dem Mündel ein ordentliches Erträgnis bietet und die auf der anderen Seite von den Zufälligkeiten, welche die Vermögensanlage oft heimsuchen, möglichst unabhängig ist. Man muß hierbei wohl berücksichtigen, daß es sich um fremdes Vermögen handelt und um Vermögen von Personen, die nicht selbst ihre Vermögensverwaltung beaufsichtigen können, und man muß ferner berücksichtigen, daß die Vormünder nicht immer Personen sind, welche die nötige geschäftliche Umsicht haben, um in irgendwie gefährdeten Lagen das Vermögen glücklich hindurchleiten zu können. Es müssen darum bestimmte allgemeine Vorsichtsnormen herrschen und muß ein behutsamerer Gang der Geschäfte beobachtet werden, als er sonst bei Vermögensanlagen üblich ist.

IV. Die Anlegung von Mündelgeldern soll darum regelmäßig durch hypothekarische Sicherung an inländischen Grundstücken erfolgen oder in Wertpapieren inländischer Staaten, oder auch in Wertpapieren inländischer Gemeinden oder sonstiger inländischer Kommunalkörper, wobei der Bundesrat näheres bestimmt, oder bei öffentlichen Sparkassen, sofern diese von dem Landesgesetz als mündelsicher bezeichnet werden, eventuell noch bei der Reichsbank, einer Staatsbank oder einer anderen von der Landesgesetzgebung autorisierten Bank.

V. Die Vorschriften des Reichsrechtes werden ergänzt durch das Landesrecht,

1. einmal durch die bezeichneten Bestimmungen über Sparkassen und Anlagebanken (§ 1807 Z. 5, § 1808 BGB.).,

2. durch Erweiterung des Kreises der Anlagepapiere (a. 212 BGB.),

3. durch nähere Festlegung der Hypothekensicherung, insbesondere durch Taxierung der Hypothekengrundstücke; denn das Reichsrecht spricht von sicheren Hypotheken: über die Art der Sicherung bestimmt die Landesgesetzgebung nach den maßgebenden örtlichen Verhältnissen. Solche Bestimmungen zu 1—3 sind z. B. in Preußen ergangen unter a. 73—76 AG. z. BGB.

3. Kollisionen.

§ 99.

I. Rechtsgeschäfte des Gewalthabers mit dem Kinde sind Rechtsgeschäfte des Vertreters mit sich selbst, sie unterliegen daher der beschränkenden Bestimmung des § 181. Außerdem gelten noch weitere Verbotssätze für den Fall, daß das Geschäft nicht mit dem Gewalthaber selbst, sondern mit einer ihm nahe verbundenen Person abgeschlossen wird, und für den weiteren Fall, daß das Geschäft zwar nicht zwischen Gewalthaber und Kind eingegangen wird, aber das Kind hierdurch berührt wird, wie z. B. bei einem Geschäft, welches die Sicherung des Kindes gegenüber dem Gewalthaber mindert (§§ 1630, 1795); auch kann das Vormundschaftsgericht in noch anderen Fällen, wo eine indirekte Kollision stattfindet, dem Gewalthaber das Geschäft verbieten (§§ 1630, 1796). Diese Verbote sind nicht bloß Sollverbote, sondern es sind Verbote, welche die Rechtsmacht des Gewalthabers beeinflussen und seine Kraft mindern.

II. Doch hat man diese Bestimmungen vielfach übertrieben: Zunächst gilt der § 181 nicht für Erfüllungsgeschäfte, und Erfüllungsgeschäft ist es insbesondere, wenn der Gewalthaber mit dem Mündelvermögen in eigenem Namen Rechte erworben hat und dann diese Rechte unter Abrechnung dessen, was ihm gebührt, auf den Mündel überträgt. Dem Erfüllungsgeschäft muß ein Schenkungsgeschäft gleichkommen: nur muß dieses nach außen in die Erscheinung treten, z. B. wenn die Eltern ein Sparkassenbuch auf den Namen des

Kindes anlegen[1]) oder einem schon genügend verständigen 13jährigen Kind einen Gegenstand übergeben[2]). Sodann gelten diese Bestimmungen zwar nicht nur für Verträge, sondern auch für Rechtsstreitigkeiten, aber sie gelten nicht für die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wenn also beispielsweise das Vormundschaftsgericht sich veranlaßt sieht, die Gewalt des Vaters zu mindern oder ganz aufzuheben, so bedarf es nicht etwa eines Pflegers, um im Verfahren das Interesse des Kindes gegen den Vater zu schützen, sondern es ist Sache des Vormundschaftsgerichtes, selbst die Interessen des Kindes zu wahren[3]). Ebenso wenn es sich um die Frage handelt, welchem der Ehegatten die Gewalt des Kindes überlassen ist (§ 1536)[4]). Auch wenn der Gewalthaber Gewalt über mehrere Kinder hat, so hat man die Bestimmung des § 181 vielfach übertrieben. Natürlich wird hier ein spezieller Pfleger dann notwendig sein, wenn zwischen den Kindern individualistische Geschäfte abgeschlossen oder gar Rechtsstreite geführt werden sollen; wenn aber lediglich eine Ordnung der gemeinsamen Erbverhältnisse oder Miteigentumsverhältnisse unter den Kindern zu erzielen ist, dann hat der § 181 keine Stelle. Abgesehen davon, daß es sich hier um eine Art von Erfüllung handelt, nämlich um die Erfüllung der aus der Gemeinschaft hervorgehenden Verbindlichkeiten, liegt hier überhaupt nicht ein individualisierendes Geschäft, sondern eine Regelung sozialer Verhältnisse vor, welche aus der Gemeinschaft der Kinder hervorgeht. Hier nun einen

---

[1]) Man nimmt vielfach an, daß in diesem Fall die Eltern doch das Guthaben auf ihren Namen erwerben und frei verfügen können, so daß damit nur eine unverbindliche Zweckbestimmung gegeben wäre, Karlsruhe 12. April 1912, Bad. Rechtspr. 1912 S. 154, und die hier zitierten Entscheidungen. Dies beruht wohl auf örtlicher Würdigung der Umstände und der Absichten.

[2]) Karlsruhe 5. Juli 1911, Bad. Rechtsprax. 1912 S. 153.

[3]) Nur bei besonderer Veranlassung ist ein Pfleger zu ernennen; so das RG. in ständiger Rechtsprechung 9. Februar 1905, 7. Dezember 1905, 28. Juni 1906, Entsch. 60 S. 134, 62 S. 132, 64 S. 16. Anders früher das KG., das sich an Aufstellung von formalen Pflegern gar nicht genug tun konnte.

[4]) Auch hier hat man seinerzeit einen Pfleger aufgestellt, KG. 9. Dezember 1901, E. f. G. 3 S. 3; hiergegen RG. 7. Dezember 1905 Entsch. 62 S. 132.

Pfleger für die verschiedenen Kinder zu verlangen, weil man etwa befürchtet, daß die Interessen des einen oder anderen hintangesetzt würden, ist unerträgliche Pedanterie. Solche Pfleger spielen hier ja immer nur eine traurige Statistenrolle, und unser Recht ist nicht dafür da, Statisten zu unterhalten; hat doch auch in voller Würdigung der Verhältnisse das Gesetz in § 1775 bestimmt, daß regelmäßig für mehrere Geschwister nur ein Vormund zu ernennen ist: die soziale Einheit der Familie soll gewahrt, die Familie soll nicht in vereinzelten Sonderinteressen zersplittert werden. Sollte etwa in dem einen oder anderen Falle ein Sonderinteresse eines einzelnen Kindes vorliegen, so wäre es Sache der Obervormundschaft, einzuschreiten; aber dies können doch immer nur Ausnahmefälle sein.

Handelt es sich um Beteiligung bei einem schon bestehenden Verein, einer Aktiengesellschaft, einer offenen Handelsgesellschaft, so ist nicht ein Geschäft der Genossen unter sich in Frage, sondern ein Geschäft mit der juristischen Person; der § 181 findet daher in dem Falle, daß die mehreren Kinder sich beteiligen, keine Anwendung[1]).

III. Was aber die Rechtsfolgen individualistischer Geschäfte betrifft, bei denen der Gewalthaber zugleich als Eigenperson und zugleich als Vertreter gehandelt hat, so sind zwei Gedanken wesentlich auseinanderzuhalten, welche man meist zusammenwirft:

1. Solche Rechtsgeschäfte sind völlig unwirksam, wenn ihnen die Realität fehlt: der Verkehr kann sich nicht im Innern des Menschen abspielen; dieser Mangel wird aber von selbst geheilt, wenn der Vertreter sich einem anderen, beispielsweise auch der Obervormundschaft gegenüber äußert. Durch eine solche Äußerung tritt die Erklärung aus dem geheimen Feld des Innern heraus und gewinnt Körper und Leben. Erklärt sich also der Gewalthaber der Obervormundschaft gegenüber, z. B. durch Vorlegung der Rechnung oder durch Antrag auf Genehmigung, so ist von einer irrealen Nichtigkeit keine Rede. Jetzt kann nur noch der zweite Gesichtspunkt in Frage kommen, ob nicht das Interesse des

---

[1]) Unrichtig KG. 18. November 1901, E. f. G. 3 S. 20.

Mündels mangelhaft gewahrt ist, weil der zwischen dem Mündel und dem Vertreter bestehende Interessengegensatz einen ungenügenden Schutz des Mündels erwarten läßt: der Gewalthaber soll nicht ungehindert da handeln, wo die Verhältnisse die seelische Gefahr nahelegen, daß er das Interesse des Mündels gegen sein eigenes vernachlässigt, oder wo doch die Vermutung einer solchen fehlerhaften Handlungsweise auftauchen möchte, was die ganze Verwaltung nach außen hin in Verruf bringen könnte. Diese seelischen oder sozialen Bedenken führen nicht zu einer Irrealität und Scheinhaftigkeit, sondern zu einer genehmigungsfähigen Unwirksamkeit; ein solches Geschäft ist daher genehmigungsfähig und kommt durch Genehmigung zur Wirksamkeit, ganz ähnlich wie im Falle des § 458 BGB. So verhält es sich auch durchweg mit den Geschäften, welche nicht direkt zwischen dem Mündel und dem Gewalthaber abgeschlossen sind, sondern zwischen dem Mündel und einer mit dem Gewalthaber nahe verbundenen Person, also im Falle des § 1795 und den oben besprochenen ähnlichen indirekten Kollisionsfällen. Solche Geschäfte sind also genehmigungsfähig.

2. Daher hat auch das Reichsgericht mit Recht angenommen, daß in den Fällen der §§ 181, 1795, 1630 die Geschäfte genehmigungsfähig sind[1]), allerdings so, daß die Genehmigung durch einen anderen Vormund oder Pfleger oder durch den geschäftsfähig gewordenen Mündel, nicht aber durch die Obervormundschaft geschehen könne, denn die Obervormundschaft habe nur vormundschaftliche Geschäfte zu ratifizieren, nicht aber sie selbst zu führen (mit Ausnahme des § 1846), und hier handle es sich nicht um eine Ratifikation, nicht um eine Genehmigung im Sinne von §§ 1643, 1821, 1822f. BGB., sondern um eine Genehmigung im Sinne von § 182 BGB.[2]). Das letztere ist an sich richtig; aber warum soll die Obervormundschaft nicht Manns genug sein, auch einmal eine Genehmigung nach § 182 auszusprechen, wenn sie mehr als jeder andere in die Sache eingeweiht ist?

---

[1]) RG. 26. Februar 1908, Entsch. 68 S. 37, so auch das KG. 22. April 1901, E. f. G. 2 S. 110.

[2]) RG. 13. Mai 1909, Entsch. 71 S. 162.

IV. Im Einzelnen gilt folgendes: Bei einer Erbauseinandersetzung zwischen dem Gewalthaber und dem Kinde ist ein Pfleger aufzustellen, denn hier liegt eine scharfe Interessenkollision vor[1]), ebenso wenn etwa der Gewalthaber mit dem minderjährigen Kinde eine Gesellschaft gründen will[2]); und daß man, wenn es sich um ein Geschäft zwischen dem Mündel und dem Ehegatten des Gewalthabers handelt, einen Pfleger aufzustellen hat, ist ebenfalls sicher[3]); ebenso wenn auf einem Grundstück des Vaters, an dem der Mündel eine Hypothek hat, die Hypothek gelöscht werden soll: eine solche Löschung des Grundstücks mindert die Sicherheit des Kindes gegenüber dem Elternteil[4]). Den oben getadelten Formalismus aber, daß, wenn mehrere Mündel zu Erben eingesetzt sind, ein Pfleger für jeden der Minderjährigen zu ernennen wäre[5]), hat die Praxis mit Recht mehrfach in der einen oder anderen Weise umgangen[6]).

Aber auch noch das Reichsgericht 9. November 1907, Entsch. 67 S. 61, steht dem Fall der Erbteilung hilflos gegenüber und läßt sich dahin aus, daß bloß Zweckmäßigkeitsgründe nach Lage der Gesetzgebung eine abweichende Auffassung nicht rechtfertigen können (S. 63); das alte Lied der lex lata und lex ferenda! Obgleich dasselbe RG. in der Entscheidung vom 28. Juni 1905, Entsch. 61 S. 139 angenommen hatte, daß der Testamentsvollstrecker, der zugleich Miterbe ist, einen Bruchteil des Grundstücks an sich selbst übertragen könne; als Grund wird u. a. angeführt, daß der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter der Erben sei, mithin der § 181 nicht zuträfe. Das ist Formalismus! Mag man über den Testamentsvollstrecker denken, wie man will, so treten bei ihm die zwei oben besprochenen Elemente in gleicher Weise hervor, und die Rechtskollision muß sich in gleicher Weise entwickeln. Gewiß ist aber bei dem Gewalt-

---

1) KG. 4. Juni 1908, M. 18 S. 287.

2) KG. 8. Juli 1901, M. 3 S. 408.

3) Oberstes LG. München 30. Juli 1904, E. f. G. 4 S. 194.

4) KG. 23. Dezember 1901 und 17. März 1902, Johow 23 A S. 245 und 24 A S. 17.

5) KG. 28. November 1910, Johow 40 A S. 1.

6) LG. Karlsruhe 27. Mai 1910, Bad. R. 1913 S. 159, Colmar 5. Februar 1913, M. 24 S. 283.

haber ein Kollisionsmißbrauch nicht zu befürchten, wenn es sich um Geschäfte zwischen mehreren Mündeln, namentlich zwischen mehreren Geschwistern handelt. Hier wird natürlich, wie erwähnt, die Obervormundschaft eintreten können, sobald der Verdacht laut wird, daß der Gewalthaber den einen der Mündel so sehr bevorzugt, daß eine Benachteiligung der übrigen zu befürchten steht. Ist dies nicht der Fall, so kann füglich der Gewalthaber das Geschäft für sämtliche Mündel führen, sofern er nur dafür sorgt, daß es nach außen hin genügend hervortritt, und dies geschieht durch Anzeige an die Obervormundschaft und, sofern wie bei dem Vormund die Genehmigung der Obervormundschaft erforderlich ist, durch Antrag auf obervormundschaftliche Genehmigung. Eine Veräußerlichung der Erklärung ist damit von selbst gegeben, das Geschäft ist nicht mehr bloß innerlich, scheinhaft und wesenlos. Vgl. S. 440.

III. Kapitel.

Beendigung.

§ 100.

I. Die Beendigung des Gewaltrechts kann eine absolute oder relative sein, je nachdem entweder der Mündel völlig der Gewalt entrinnt oder die Gewalt weiter dauert, aber auf einen neuen Gewalthaber übergeht. Das einzelne richtet sich nach den verschiedenen Arten der Gewaltverhältnisse und ist dort zu erörtern. Vgl. S. 469, 505, 516, 519, 521, 525.

II. Bei der Beendigung der Gewalt gelten allgemein folgende Sätze:

1. Der ehemalige Gewalthaber hat die dringenden Geschäfte so lange weiterzuführen, als ein Notverhältnis stattfindet und der Berechtigte nicht für sein Interesse sorgen kann (§§ 1683, 1893, 1915).

2. Führt er gutgläubig die Geschäfte weiter, d. h. so lange, als er über die Beendigung des Gewaltrechts in entschuldbarer Unkenntnis ist, so treten zwischen ihm und dem ehemaligen Mündel die schuldrechtlichen Verhältnisse ein, wie wenn das Gewaltrecht weiter bestünde (§§ 1682, 1893, 1915). Und verkehrt ein gutgläubiger Dritter mit ihm, so gelten für den Dritten die oben S. 405 entwickelten Sätze.

Dies gilt auch für einen begonnenen Rechtsstreit, der hiernach entweder weiter geht oder im Sande versiegt. Geht er hiernach nicht weiter, so ist er durch prozessuales Abstandsurteil zu erledigen[1]).

II. Titel.

Elterliche Gewalt.

(Enzyklopädie II S. 154.)

I. Inhalt und Wirksamkeit.

1. Direkte Familiengewalt.

a) Während der Ehe.

§ 101.

I. An Stelle der väterlichen Gewalt tritt im BGB., wie schon im Code Napoléon, die elterliche Gewalt[2]); ein Beispiel, welchem auch das Schweizer ZGB. gefolgt ist (§§ 273f.).

II. Die elterliche Gewalt ist gegeben mit der ehelichen Elternschaft. Das uneheliche Kind steht nicht in elterlicher Gewalt (§ 1707 BGB.), es kann auch nicht durch die Obervormundschaft in die elterliche Gewalt der Mutter gebracht werden — eine fehlerhafte Bestimmung; richtiger das Schweizer ZGB. a. 324. Vgl. oben S. 348.

III. Die elterliche Gewalt ist in erster Reihe eine elterliche Gewalt des Vaters und in zweiter Reihe eine solche der Mutter; die elterliche Gewalt der Mutter ist daher eine unterstützende Gewalt neben der des Vaters, nicht in Widerspruch mit ihm, und ohne Vertretungsmacht (§ 1634 BGB.).

Doch können sich in den Wechselfällen der Ehe verschiedene Vorkommnisse bilden, bei welchen sich die Stellung der Frau in der elterlichen Gewalt ändert[3]).

---

1) Hamburg 10. Februar 1913, M. 26 S. 285.

2) Man hat für das französische Recht von einer väterlichen Gewalt gesprochen, die während der Ehe vom Vater allein ausgeübt wird. Der Code Napoléon aber spricht so deutlich als möglich von einer nicht väterlichen, sondern elterlichen Autorität, a. 372.

3) Das BGB. sucht hier wieder durch eine Reihe von Einzelbestimmungen zu helfen, die sich in Praxis nur mit Diskretion durchführen lassen; die §§ 1676, 1677, 1678, 1685, 1698 sind keine

1. Besteht die häusliche Gemeinschaft, ruht aber die elterliche Gewalt des Vaters, so erlangt die Mutter die volle Personengewalt; sie erlangt die Vertretungsgewalt; sie hat auch das Recht, aus den Früchten des Kindesvermögens das zum Unterhalt oder zur Erziehung Nötige zu entnehmen, während dem Vater im übrigen die Nutznießung bleibt (§ 1678, 1685).

2. Besteht keine häusliche Gemeinschaft, so hat zwar der Vater in erster Reihe die elterliche Gewalt; sie erleidet aber von selbst eine Minderung, wenn das Kind in die Erziehung der Mutter gestellt wird: dann erlangt sie die tatsächliche Personengewalt; dagegen verbleibt die Vertretungsgewalt und die Vermögensverwaltung und Nutznießung allerdings dem Ehemann, sofern sie ihm nicht nach § 1666 entrissen werden.

Über die Frage, bei welchem der Ehegatten hier das Kind erzogen werden soll, entscheidet das Vormundschaftsgericht, aber nicht in seiner Eigenschaft als Ehegericht, sondern in seiner Eigenschaft als Obervormundschaft, denn es handelt sich ja wesentlich um die Sorge für das Interesse des Kindes. Eine Prozeßentscheidung in diesem Sinne wäre völlig untunlich; diese Frage aus dem Umkreis der obervormundschaftlichen Fürsorge herauszureißen und der Entscheidung eines Gerichtes zu überantworten, dem der ganze Vormundschaftsbetrieb fremd ist, geht nicht an. Daraus könnte nur Verwirrung und Unzuträglichkeit entstehen[1]. Gegen die Ent-

---

Ruhmestitel der Gesetzgebung, während das Schweizer ZGB. in a. 274, 285 die genügende Elastizität zeigt, um allen Verhältnissen zu entsprechen.

[1]) Unrichtig seinerzeit Dresden 31. Mai 1901, Seuffert 56 Nr. 253, KG. 31. Oktober 1904, E. f. G. 5 23, KG. 4. Mai 1905, M. 11 S. 294 (= Seuffert 61 Nr. 226), Hamburg 25. Januar 1910, M. 21 S. 262, Oberstes LG. Bayern 7. Juli 1904, Seuffert 60 Nr. 77. Richtig dagegen RG. 3. März 1906, Entsch. 63 S. 275, und RG. 18. Juni 1908, Entsch. 69 S. 94, KG. 19. März 1909, E. f. G. 10 S. 100, Posen 17. Dezember 1908, Seuffert 64 Nr. 112, Hamburg 29. Juli 1910, M. 21 S. 258, Darmstadt 4. Oktober 1912, Hessische Rechtspr. 1912 S. 193, Braunschweig 18. Oktober 1912, M. 27 S. 112, KG. 7. März 1913, M. 26 S. 269. Vgl. auch Junghans im Sächs. Arch. 7 S. 485 f. Unrichtig Busch, Festgabe für Koch 196. Über die ganze Frage vgl. Wetzel, Arch. f. b. R. 26 S. 127, Droncke, Z. Ziv. P. 29 S. 512 f.

scheidung der Obervormundschaft findet wie gewöhnlich die Beschwerde statt; sie steht jedem Ehegatten zu (§§ 20, 57 Z. 9 GfG., sowohl wegen des eigenen Interesses als im Interesse des Kindes[1]). Der Prozeßrichter darf nicht in das Erziehungsrecht bestimmend eingreifen, das ist nicht sein Bereich[2]). Lebt allerdings die Frau grundlos vom Manne getrennt, so ist regelmäßig keine Veranlassung gegeben, um von seiten der Obervormundschaft gegen den Mann einzuschreiten und die Kinder seinem Haushalt zu entziehen[3]).

Die der Mutter folgenden Kinder teilen auch ihren Unterstützungswohnsitz (§§ 17, 19 UnterstWG.).

Hierbei gilt noch folgendes:

a) Eine Vereinbarung der Ehegatten über den Verbleib des Kindes ist nicht bindend, denn das Wohl des Kindes kann nicht in ihrer Vertragswillkür liegen; auch nicht eine Vereinbarung während des Ehescheidungsprozesses und seiner Mißlichkeiten[4]). Daß immerhin eine Verständigung unter den Ehegatten eine tatsächliche Bedeutung haben kann als Feststellung der die beiden Ehegatten beherrschenden Interessen, und daß möglicherweise das Gericht sich veranlaßt fühlt, ihr zu folgen, wenn keine entgegengesetzten Rücksichten obwalten, versteht sich von selbst[5]); zumal wenn hiermit Vereinbarungen über den Unterhalt des Kindes verbunden sind[6]).

b) Die Obervormundschaft entscheidet nach den wechselnden Umständen: eine dauernde Bestimmung in dieser Beziehung wäre im höchsten Grade unzweckmäßig und den Interessen aller nicht förderlich. Auch während des Prozesses über das Erziehungsrecht und während des Scheidungsprozesses ist es Sache des Vormundschaftsgerichtes, die nötigen Anordnungen zu treffen, und wenn das Prozeßgericht derartiges verfügt, so gilt es nur provisorisch, vor-

---

[1]) Braunschweig 24. Mai 1912, M. 26 S. 249.

[2]) Kiel 14. Februar 1910, Seuffert 65 Nr. 171.

[3]) Colmar 11. Oktober 1911, Els.-Lothr. 36 S. 596.

[4]) Vgl. RG. 13. März 1905, Entsch. 60 S. 266, Bamberg 26. August 1903, Seuffert 59 Nr. 38, Kiel 22. Dezember 1902, Seuffert 56 Nr. 215, RG. 13. März 1905, Entsch. 60 S. 266, Hamburg 27. September 1904, M. 10 S. 286, Dresden 12. Mai 1911, Sächs. Arch. 6 S. 363.

[5]) Vgl. OLG. Darmstadt 23. Dezember 1910, M. 23 S. 221.

[6]) Oberst. LG. München 7. Juli 1904, M. 10 S. 286.

behaltlich der obervormundschaftlichen Weiterbestimmung; denn, wenn auch Wünsche und Neigungen der beiden Ehegatten ihre Berücksichtigung verdienen, so gehen doch die Interessen des Kindes vor. Dies ist nunmehr nach verschiedenen Wechselfällen ziemlich ständige Praxis[1]).

3. Wird bei Mangel häuslicher Gemeinschaft das Kind dem einen Ehegatten überlassen, so kann dem anderen durch die Obervormundschaft die Befugnis zugestanden werden, mit dem Kinde in der einen oder anderen Weise zu verkehren. Die Obervormundschaft kann diesen Verkehr an Bedingungen knüpfen, um die Gefahren der Einheit der Erziehung zu verhüten[2]).

Ob insbesondere der Verkehr sich so gestalten kann, daß das Kind während Wochen und Monaten den zur Erziehung berufenen Ehegatten verläßt und bei dem anderen Ehegatten sich aufhält, z. B. während seiner Ferienzeit, ist eine besondere Frage, bei der sehr wohl berücksichtigt werden muß, wie sehr eine nicht sehr gewissenhafte Person ein solches Zusammensein ausnutzen und widerstreitende Gefühle in die Kindesseele einpflanzen könnte[3]).

Dasselbe gilt auch von der Gestattung des brieflichen Verkehrs, der mit oder ohne Garantien zugelassen werden kann. Daß der briefliche Verkehr ganz ausgeschlossen sein soll, wäre verwunderlich[4]). Sicher ist aber, daß auf solchem

---

[1]) KG. 20. April 1903, E. f. G. 3 S. 223, Oberst. LG. München 2. März 1906, JZ. 12 S. 246, und 9. August 1909, Recht 13 Nr. 2823, Darmstadt 4. Oktober 1912, Hess. Rechtspr. 13 S. 193, Karlsruhe 29. Mai 1913, Bad. R. 1913 S. 143, Colmar 23. April 1913, Els.-Lothr. 38 S. 516. Vgl. auch Josef, Zeitschr. f. Zivilprozeß 35 S. 533f. und auch 33 S. 523. Ferner RG. 26. April 1906, Entsch. 63 S. 236, KG. 2. März 1905, M. 11 S. 292, KG. 7. März 1913, M. 26 S. 269. Unzutreffende Bemerkungen dagegen von Engelmann im Recht 13 S. 563. Daß auch innerhalb des Rahmens der Kindesfürsorge die seelischen Interessen der Ehegatten mit in Betracht kommen, sagt richtig Jena 23. Januar 1909, M. 21 S. 262.

[2]) Darmstadt 12. September 1904, M. 11 S. 297.

[3]) Vgl. Oberst. LG. München 4. Mai 1906, M. 14 S. 251, Hamburg 18. August 1904, M. 9 S. 458, und Hamburg 15. Februar 1910, M. 21 S. 262, Braunschweig 24. Mai 1912, M. 26 S. 249.

[4]) Ganz verkehrt KG. 3. Januar 1907, M. 14 S. 252, richtig Braunschweig 24. Mai 1912, M. 26 S. 249 (= Recht Nr. 1908).

indirekten Wege ungünstige Einflüsse ausgeübt werden können, die möglichst zu verhüten sind[1]).

4. Ruht bei getrennt lebenden Ehegatten die elterliche Gewalt des Ehegatten, bei dem sich das Kind befindet, so tritt nicht ohne weiteres der andere Ehegatte ein; auch hier kann die Obervormundschaft bestimmen, daß das Kind in die Sorge eines Vormundes oder Pflegers gegeben wird, demgegenüber die Ehefrau die Rechte der §§ 1698, 1634 genießt. Vgl. auch § 51 GfG., § 1666 BGB.[2]).

5. Hat die Obervormundschaft Gelegenheit, nach § 1666 in die Familienverhältnisse einzuschreiten, so hat sie freie Hand, einen Vormund oder Pfleger zu bestellen, da in solchem Falle gewöhnlich das ganze elterliche Haus dem Kinde verderblich wäre; der Ehefrau kann dabei neben dem Vormund ein Obsorgerecht zustehen, es hat aber im Widerspruch mit der Stimme des Vormundes hinter dieser zurückzutreten (§ 1698).

6. Wird die elterliche Gewalt des Vaters verwirkt, so gilt dasselbe wie zu 5.

7. Bei den Kindern aus der Putativehe gilt, sobald die Ehe für nichtig erklärt ist, folgendes:

Der Ehemann, der in bösem Glauben war, verliert die elterliche Gewalt: sie geht auf die Ehefrau über, die also betrachtet wird wie eine Witwe; ihr kann darum auch ein Beistand zugeteilt werden. War die Ehefrau in bösem Glauben, so wird sie behandelt wie eine schuldig geschiedene und muß auf solche Weise hinter dem Ehemann völlig zurücktreten. Endigt dessen elterliche Gewalt, so soll sie zwar zu dem Kinde wieder in Beziehung treten, aber neben dem Vormund, gleich einer unehelichen Mutter (§§ 1701, 1702, vgl. 1707).

Diese Bestimmungen haben nur Sinn, nachdem eine Nichtigkeitserklärung der Ehe erfolgt ist; handelt es sich um eine anfechtbare Ehe, so ist dies selbstverständlich, da der Ehemangel hier erst mit der Anfechtung hervortritt.

---

[1]) KG. 16. Februar 1903, M. 6 S. 287, Braunschweig 24. Mai 1912, M. 26 S. 249.

[2]) Unrichtig Colmar 24. Januar 1912, Els.-Lothr. 37 S. 153.

b) Bei Ehescheidung und Ehetrennung.

§ 102.

I. Die Verteilung der Kinder bei der Ehescheidung erfolgt prinzipiell so, daß der unschuldige Teil die Personengewalt erhält[1]), während, wenn beide schuldig sind, die Personengewalt sich nach dem Geschlecht und dem Alter unter den Ehegatten verteilt; die Mutter bekommt die Tochter überhaupt und den Sohn unter sechs Jahren[2]). Man sollte erwarten, daß der Ehegatte, dem auf solche Weise die Kinder zugewiesen werden, die elterliche Gewalt im vollen Umfang erhält, namentlich auch die Nutznießung; denn Personengewalt, Personenfürsorge, Vermögensverwaltung, alles hängt zusammen[3]). Dies hat leider das BGB. nicht getan, sondern die höchst sinnwidrige Einrichtung getroffen, daß der geschiedenen Frau, auch wenn sie die Personengewalt erhält, weder die Vermögensverwaltung noch die Nutznießung zukommt; ja sogar die Personengewalt ist heruntergerückt: denn die Frau wird machtlos, sobald es sich darum handelt, rechtsgeschäftlich zu wirken: mit anderen Worten, die Mutter hat nicht das Vertretungsrecht. Die Folge ist daher die: der schuldige Mann behält die Nutznießung an dem Vermögen der Kinder, und die Frau kann sich den Kindern nicht widmen ohne unzuträgliche Zwischenrede des Mannes und ohne daß sie sich wegen aller einigermaßen bedeutsamen Maßnahmen an denjenigen wenden muß, der sie vielleicht durch seine schmähliche Behandlung zur Verzweiflung und zur Ehescheidung getrieben hat! So hat die Ungeschicklichkeit der Gesetzesredaktoren eine Welt von Mühsal, Elend und

---

[1]) Die Bestimmungen der modernen Gesetze über die Rechte der geschiedenen Ehegatten am Kinde und insbesondere das Vorrecht des unschuldigen Ehegatten sind im byzantinischen Rechte begründet. Es ist Justinians Verdienst, daß er auf solche Weise die Interessen der Kinder mit den Rücksichten, welche man dem unschuldigen Ehegatten zu tragen hat, auszugleichen versuchte: Auth. si pater causam zu c. un. (5, 24) und Nov. 117 c. 7. Über das gemeine Recht vgl. auch RG. 3. Juli 1900, Entsch. 46 S. 168.

[2]) Vgl. auch Nußbaum, Z. ziv. P. 29 S. 463.

[3]) So treffend das Schweizer ZGB. a. 274: „Im Falle der Scheidung (steht die elterliche Gewalt) demjenigen zu, dem die Kinder zugewiesen werden.“

Erniedrigung und eine Misere des trostlosen Unheils für die Frauen gebracht (§ 1635)!

II. Dem Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht die Entscheidung, daß das Kind, auch wenn es bei der Mutter sich aufhält, dem Wohnsitz des Vaters folgt[1]). Sie zeigt aber zugleich die ganze Naturwidrigkeit des Prinzips, von dem die Praxis abzugehen mögliche Ursache hat, soweit es irgendwie mit dem Wortlaut des Gesetzes verträglich ist. Ich billige daher diese Entscheidung trotz ihrer Folgerichtigkeit nicht; denn, verfehlten Gesetzesbestimmungen gegenüber, soll man nicht konsequent sein. Richtig besagt auch das Unterstützungswohnsitzgesetz § 20, daß die der Erziehung der Mutter anheimgegebenen Kinder den Unterstützungswohnsitz mit ihr teilen.

III. Der Verkehr des anderen Ehegatten mit dem Kinde steht auch hier in der Diskretion der Obervormundschaft[2]). Diese kann ausnahmsweise den Verkehr ganz ausschließen, wenn er zum offenbaren Nachteil des Kindes ausschlüge, z. B. wenn der andere Ehegatte ein Räuber oder Mörder ist und befürchtet werden muß, daß er schlecht auf das Kind einwirkt. Doch muß dies als seltene Ausnahme gelten[3]). Sie kann aber in allen einigermaßen bedenklichen Fällen bestimmen, daß der Verkehr nur unter Aufsicht eines Pflegers stattfinde[4]) oder sonst überwacht werde (§ 1636)[5]). Ändern sich die Umstände, so kann eine Neuregelung stattfinden, z. B. wenn der eine Ehegatte wieder heiratet[6]). Der Grundgedanke ist der: maßgebend sind die Interessen des Kindes; innerhalb dieser Grenzen aber soll man bestrebt sein, dem Ehegatten soweit den Zutritt zu gewähren, daß er nicht dem Kinde verfremdet wird[7]).

---

[1]) Vgl. Dresden 11. Juli 1910, M. 21 S. 260.

[2]) Oberst. LG. München 8. April 1905, Recht 9 Nr. 1151.

[3]) Darmstadt 12. September 1904, M. 11 S. 297, KG. 6. Oktober 1911, M. 26 S. 26.

[4]) KG. 2. März 1905, E. f. G. 5 S. 225 (= M. 11 S. 298).

[5]) KG. 30. März 1905, M. 12 S. 323.

[6]) Bayr. Oberst. LG. 20. Juni 1914, Recht 18 Nr. 2482.

[7]) KG. 30. März 1905, M. 12 S. 323, Oberst. LG. 3. Januar 1913, M. 26 S. 252.

IV. Die Obervormundschaft kann die Personengewalt auch einem anderen als dem gesetzlich bestimmten Ehegatten zuweisen, wenn dies im Interesse des Kindes liegt; denn, so sehr auch der unschuldige Ehegatte zu begünstigen ist, und so sehr das Zusammenleben mit den Kindern als eine Gunst betrachtet werden muß, so sehr ist auf der anderen Seite doch das Interesse des Kindes das Vorwiegende[1]); das Prozeßgericht dagegen ist auch hier nicht in der Lage, der Fürsorge der Obervormundschaft durch eine Bestimmung des Urteils vorzugreifen (S. 445f.).

Allerdings müssen durchschlagende Gründe vorhanden sein, um eine derartige Abweichung von der Norm zu rechtfertigen. Bequemlichkeit oder Erleichterung infolge des bisherigen Brauchs kann nicht allein schon genügen, um die dringenden Interessen des unschuldigen Ehegatten zu überwinden[2]). Dagegen kann es ein durchschlagender Grund sein, wenn Pflege und Erholung eines vielleicht schwächlichen Kindes bei dem einen Ehegatten besser zu finden sind als bei dem anderen[3]), oder wenn im Hause des einen Ehegatten eine größere sittliche Reinheit herrscht[4]).

V. Dieser Punkt kommt auch bei der Kindesvindikation in Betracht; der Ehegatte, welchem die Obsorge über die Person des Kindes zusteht, kann die Herausgabe des Kindes vom anderen Ehegatten verlangen, namentlich auch, wenn nach der Scheidung das Kind, das sich in der Zwischenzeit bei dem einen Ehegatten befand, dem anderen zugesprochen wurde[5]). Aber hierbei kann es vorkommen, daß der vindikationsberechtigte Ehegatte dieses Recht zur Erpressung mißbraucht, indem er das Kind nur scheinhaft vindiziert und es dem anderen Ehegatten belassen will, wenn er ihm gewisse Vermögensvorteile bietet. Wer dies tut, der mißbraucht nicht nur sein Recht, sondern er zeigt sich der hohen Aufgabe der

---

[1]) RG. 3. September 1900, Entsch. 46 S. 168.

[2]) KG. 9. Februar 1905, M. 10 S. 287; anders wenn z. B. der Vater ins Ausland ziehen muß oder sich als Konzertreisender viel auswärts aufhält, vgl. Hamburg 2. Dezember 1904, M. 10 S. 290.

[3]) Oberst. LG. München 5. September 1908, M. 18 S. 278.

[4]) Colmar 1. September 1908, M. 18 S. 277.

[5]) Vgl. KG. 31. Januar 1911, M. 23 S. 413.

Obsorge für das Kind unwürdig; daher kann ihm in solchem Falle eine Arglisteinrede entgegengehalten werden[1]). Und auch sonst kann eine Einrede begründet sein, wenn unter den obwaltenden Umständen sich die Vindikation als Mißbrauch der elterlichen Gewalt darstellt[2]); z. B. die brutale Wegnahme eines jungen Kindes von der Mutter. In solchem Falle hat das Prozeßgericht die Entscheidung einstweilen zu sistieren und es der Obervormundschaft überlassen, über den Verbleib des Kindes Bescheid zu geben. Eine Entscheidung, welche der Obervormundschaft vorgriffe, wäre fehlerhaft. Eine einstweilige Verfügung des Prozeßgerichtes ist natürlich statthaft: sie wirkt dann so lange, bis eine Verfügung der Obervormundschaft an ihre Stelle tritt[3]).

VI. Das Schicksal des Kindes bei bestehender Ehe, aber nach der Ehetrennung (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft), ist nach Analogie des Falles der Ehescheidung zu behandeln, wobei aber die Obervormundschaft das freieste Ermessen hat und insbesondere die Umstände berücksichtigen kann, welche eine Wiedervereinigung der Ehegatten erhoffen lassen. Aus diesem Grunde steht auch im Falle des § 1684 Z. 2 die Ehetrennung der Ehescheidung nicht gleich.

VII. Das Schicksal der Kinder bei einer nichtigen Putativehe richtet sich nach den Grundsätzen der Ehescheidung, und zwar nach den normalen Grundsätzen der beiderseits schuldigen Ehegatten; war der eine oder andere Teil in bösem Glauben, so gilt, was oben S. 448 bemerkt worden ist.

VIII. Ruht nach der Ehescheidung die elterliche Gewalt des Ehegatten, dem die Personengewalt zusteht, so geht die freigewordene elterliche Gewalt nicht von selbst an den anderen Ehegatten über, sondern es steht im Ermessen der Obervormundschaft, darüber zu bestimmen[4]). Namentlich wenn das Beruhen nur auf mäßig lange Zeit zu erwarten

---

1) Vgl. Posen 29. März 1909, M. 21 S. 256.

2) RG. 26. Oktober 1903, Entsch. 55 S. 419, RG. 2. Januar 1908, Recht 12 Nr. 778, RG. 25. Januar 1912, JW. 41 S. 595, Dresden 25. Oktober 1910, Seuffert 66 Nr. 34.

3) Vgl. Dresden 26. April 1909, Sächs. Arch. 5 S. 48.

4) Unrichtig die Praxis, z. B. Colmar 24. Januar 1912, M. 26 S. 280.

steht, wäre es wenig förderlich, wenn das Kind von Haus zu Haus geschoben würde; anders wenn das Beruhen als ein ständiges anzusehen ist: dann sind dauernde Verhältnisse einzurichten, und dann wird regelrecht das Kind dem anderen Ehegatten zuzuweisen sein, wenigstens auf dessen Antrag, sofern nicht bedeutungsvolle Gründe dagegen sprechen (§ 1666 und vgl. auch § 1702). Wird hier das Kind der Mutter zugewiesen, so ist kein Grund vorhanden, ihr nicht auch die volle Nutznießung zu übertragen (§ 1685).

Im Fall, daß gegen den gewalthabenden geschiedenen Ehegatten nach § 1666 vorgegangen wird, hat gleichfalls die Obervormundschaft das Bestimmungsrecht, während im Falle der Verwirkung der elterlichen Gewalt der Ehemann als tot gilt, so daß die elterliche Gewalt der geschiedenen Ehefrau zukommt (§ 1684); die Ehefrau ist Quasiwitwe.

Der geschiedenen Frau kann auf Verlangen ein Erziehungsgehilfe gewährt werden, denn die Obervormundschaft hat sie im Erziehungswesen zu unterstützen (§ 1634). Dies ist kein Beistand im eigentlichen Sinn; einen solchen erhält nur die Witwe und die Quasiwitwe, d. h. die Ehefrau, deren geschiedener Mann wegen Verwirkung der elterlichen Gewalt insoweit als tot gilt.

IX. Der Elternteil, welcher die rechtliche Personengewalt (das Vertretungsrecht) hat, hat die früher erwähnten Personenbefugnisse; er hat auch das Recht der strafrechtlichen und strafprozessualen Verteidigung, daher insbesondere auch die Befugnis, ein Rechtsmittel zugunsten des Kindes einzulegen. Hat daher wegen Verhinderung des Ehemannes oder wegen Beruhens seiner elterlichen Gewalt die Obervormundschaft der Mutter „die Ausübung" übertragen, so hat sie die Rechtsmittelbefugnis[1]).

c) Die elterliche Gewalt der Witwe.

§ 103.

I. Hat die Mutter die elterliche Gewalt als Witwe oder als Quasiwitwe, so kann ihr ein Beistand zugeordnet werden:

1. kraft testamentarischer Bestimmung des Vaters, falls dieser zur Zeit seines Todes die volle Personen- wie Ver-

---

[1]) Vgl. RG. 9. Juli 1901, Entsch. St. 34 S. 316.

mögensgewalt gehabt hat (§§ 1777, 1687, Testamentsbeistand),

2. kraft autonomer Bestimmung der Obervormundschaft (Amtsbeistand),

3. auf ihren Antrag (§ 1687, Antragsbeistand).

II. Der Testamentsbeistand ist ein bezeichnender Rest ehemännlicher Übergewalt, welche über den Tod hinaus wirken will. Richtig wäre es nur, zu sagen, daß der Ehemann diese Frage der Obervormundschaft anheimstellen könnte.

Immerhin geht die Befugnis des Ehemannes nicht weiter; die Ehemänner haben es bisweilen versucht, durch Testamentsbestimmung der Mutter des Kindes die elterliche Gewalt ganz zu entziehen, oder auch bestimmt, daß der Beistand ohne weiteres zum Beistandspfleger werden solle. Derartige Verfügungen sind natürlich unwirksam. Allerdings hat der Mann, soweit das Vermögen des Kindes von ihm herrührt, dieselbe Befugnis, über die Verwaltung des Vermögens Anordnungen zu treffen, wie jeder andere Erblasser oder Schenker[1]); allein dies ist nichts der väterlichen Gewalt Besonderes.

Die Ernennung eines Amtsbeistandes beruht auf der Erwägung, daß vielleicht die Ehefrau nicht vollkommen der Sache gewachsen sein könne, was mit unserer bisherigen Gewöhnung zusammenhängt, die Frau im Geschäftsleben möglichst mundtot zu machen. Es wird mit der Zeit aufhören. Wo es aber heutzutage noch geschieht, ist es nicht etwa ein Zeichen minderer Achtung oder eine pönale Maßregel, sondern eine natürliche Folge der generellen Anschauung von der „Schwäche“ des Geschlechtes[2]). Wenn daher die Obervormundschaft solches tut, so darf man es nicht als persönliches Mißtrauensvotum im Sinne des § 1666 ansehen[3]).

Die Ernennung eines Antragsbeistandes dagegen ist voll begründet; mitunter wäre auch dem Witwer eine derartige Hilfe auf Wunsch zu gewähren, was aber bei uns übersehen worden ist[4]).

---

[1]) Hamburg 23. März 1908, M. 17 S. 281.

[2]) KG. 16. Februar 1903, M. 7 S. 77.

[3]) Oberst. LG. München 24. Januar 1903, Recht 7 Nr. 807.

[4]) Richtig Schweizer ZGB. a. 284.

Übrigens gilt, was von der Frauenschwäche gesagt ist, nur relativ: auch eine Frau kann als Beistand ernannt werden, und es treffen dann dieselben Sätze zu, wie für die Frau als Vormünderin (§§ 1694, 1792, 1783, 1786 BGB.).

III. Des näheren ist folgendes hervorzuheben:

1. Da die Verbeistandung nicht als eine Ausnahme zu betrachten ist, so ist es berechtigt, daß das Grundbuchamt oder irgendeine sonstige Behörde von der Frau, welche für das Kind handelt, eine Zustimmung des Beistandes oder den Nachweis verlangt, daß ein Beistand nicht ernannt ist[1]).

2. Der Beistand ist ähnlich dem Gegenvormund zu behandeln: er hat im allgemeinen eine überwachende Tätigkeit mit der eventuellen Anzeigepflicht (§ 1689); er hat aber auch eine genehmigende Tätigkeit im einzelnen. Daher bedarf die Frau der Genehmigung des Beistandes:

a) Wo der Vormund des Gegenvormundes bedarf, so z. B. bei Abtretung einer Forderung oder Hypothek[2]), bei Anlegung von Geldern (§§ 1691, 1810), bei Errichtung des Vermögensverzeichnisses (§ 1692). Vgl. S. 433.

b) Wo ein Vormund der Genehmigung der Obervormundschaft bedürfte. Daher muß die Frau den Beistand auch in Fällen heranziehen, wo der Träger der elterlichen Gewalt keine obervormundschaftliche Genehmigung nötig hat, z. B. wenn es sich um einen Vergleich oder um einen Schiedsvertrag handelt. Hat sie allerdings die Genehmigung der Obervormundschaft für sich, so ersetzt diese, hier wie sonst, die Genehmigung des Beistandes (§ 1690 BGB.).

c) Für die Form der Genehmigung des Beistandes gilt dasselbe wie bei dem Gegenvormund (S. 493).

3. Der Beistand kann für die Personen- wie für die Vermögensgewalt ernannt werden; dann bezieht sich die Notwendigkeit der Genehmigung auf beides, z. B. auch wenn es sich um die akzessorische Entlassung aus dem Staatsverband handelt (§ 19 StaatsangehG.). Möglicherweise wird er aber auch nur für das eine oder das andere bestellt, ja inner-

---

[1]) Vgl. Rostock 9. Oktober 1905, E. f. G. 5 S. 246.

[2]) Rostock 17. November 1911, M. 26 S. 275.

halb eines dieser Kreise für ein geringeres Segment; dann ist für alles übrige die Frau eine nicht verbeistandete und damit eine freie Trägerin der elterlichen Gewalt (§ 1688). Über den Kreis der Bestellung entscheidet im Ehemannsbestellungsfalle der Ehemann, sonst die Obervormundschaft oder der Antrag.

4. Der Beistand, der die Rolle des Gegenvormundes hat, kann zum Pfleger werden, indem ihm auf Antrag der Frau die Vermögensverwaltung übertragen wird (Beistandspflege) — aber nur auf ihren Antrag, nicht von Amts wegen, nicht auf testamentarische Verfügung des Ehemanns hin. Dann gelten für die Vermögensverwaltung nicht mehr die Grundsätze der elterlichen Gewalt, sondern die der Vormundschaft, abgesehen von der elterlichen Nutznießung, welche nun eine Nutznießung ohne Verwaltung wird (§ 1693). Zwiste, welche zwischen der elterlichen Personenpflege und der pflegerhaften Vermögensverwaltung entstehen, entscheidet die Obervormundschaft.

5. Gegenvormund und Beistand haben keine Verfügung, sondern nur eine Beihilfe dazu; sie können daher nicht unter § 266 StGB. fallen; anders wenn der Beistand zum Beistandspfleger wird: dann steht er jedem anderen Pfleger gleich (§ 1693)[1].

6. Für die Ernennung des Beistandes gelten die Grundsätze wie für den Vormund (§§ 1694, 1792, 1776f.). Wird er vom Vater bezeichnet, so gilt dasselbe wie bei dem tutor testamentarius, d. h. er wird nicht von selbst Beistand, er wird es erst durch obervormundschaftliche Bestallung, aber die Obervormundschaft soll über seine Person nur unter gewichtigen Gründen hinausgehen, weshalb er im Fall der Ablehnung die sofortige Beschwerde hat (§ 60 Z. 1 GfG.).

In den anderen Fällen hat die Obervormundschaft eine freie Wahl, jedoch unter Berücksichtigung der Großeltern (!); stellt die Frau den Antrag, so kann sie ihr Begehren dahin individualisieren, daß sie einen Beistand nur haben will, wenn ihr eine bestimmte Person zugeordnet wird. Allerdings kann die Obervormundschaft, wenn sie darauf nicht eingeht, von

---

[1]) RG. 13. November 1902, Entsch. St. 35 S. 338.

sich aus einen Beistand ernennen, der eben dann nicht ein Antragsbeistand, sondern ein Amtsbeistand ist[1]).

Bei der Ernennung durch die Obervormundschaft ist neben dem Interesse des Kindes auch das Interesse der Mutter in Betracht zu ziehen, denn es wäre gegen die familienrechtlichen Rücksichten, wollte man ihr unmotiviert eine mißliche Person aufdrängen[2]).

7. Die Beistandschaft als solche erlischt:

a) mit dem Aufhören der elterlichen Gewalt der Mutter,

b) mit dem Ruhen dieser elterlichen Gewalt, weil dann eine neue Regelung erforderlich ist (§ 1694),

c) mit Aufhebung durch die Obervormundschaft, wozu diese (abgesehen vom Testamentsbeistand) stets frei befugt ist, bei dem Antragsbeistand allerdings nur mit Zustimmung der Frau (§ 1695), und wozu sie in jedem Fall befugt ist, wenn Gründe vorhanden sind, welche zur Entlassung eines Vormundes oder Gegenvormundes führen (§§ 1694, 1895, 1886 f.).

8. Der Beistandspfleger kann auf Antrag der Frau stets widerrufen und es kann ihm auf ihren Antrag stets die Vermögensverwaltung abgenommen werden, so daß er zum einfachen Beistand wird (§ 1695). Im übrigen unterliegt er den Grundsätzen über die Pflegschaft und kann nach diesen Grundsätzen von der Obervormundschaft entlassen werden.

2. Nutznießung.

§ 104.

I. Das römische und gemeine Recht gab dem Hausvater am Vermögen des Kindes den Ususfrukt, nahm aber gewisse Vermögensmassen aus, vor allem den Soldatenverdienst und den ihm gleichgestellten Staatsverdienst und den Erwerb kraft Freigebigkeit, wenn die freigebige Zuwendung die „Befreiungsklausel“ enthielt.

II. Das germanische Recht hatte ähnliche Institute gekannt; die väterliche wie die vormundschaftliche Tutel war ursprünglich eine tutela fructuaria, und entsprechend hat sich

---

[1]) KG. 12. April 1907, E. f. G. 8 S. 254.

[2]) Unrichtig KG. 27. Oktober 1902, JZ. 8 S. 224.

das Institut der garde noble et bourgeoise noch bis in die Folgezeit erhalten[1]). Später ist die tutela fructuaria im übrigen abgekommen, aber bei dem Hausvater bestehen geblieben in Anlehnung an das aus dem RR. herrührende Institut.

III. Das Institut des väterlichen Ususfrukts ist in andere Gesetzgebungen übergegangen, mit Ausnahme des österreichischen Rechts, welches den Vater in dieser Beziehung auf die Stufe des Vormundes herabrückt.

Der Code Napoléon machte aus dem ususfructus paternus einen elterlichen Ususfrukt (jouissance), nahm aber den außerhäuslichen Verdienst aus und gestattete die Freiklausel bei Freigebigkeiten (a. 384—387).

IV. Das BGB. und das Schweizer ZGB. haben den elterlichen Ususfrukt übernommen. Er rechtfertigt sich auch

1. aus der Einheit der Familie,

2. aus dem Gedanken, daß es unpassend ist, dem Elternteil eine strikte Rechnungsstellung über die Früchte des Kindesvermögens aufzuerlegen, während ihm doch der volle Unterhalt des Kindes obliegt.

Beide Gesetze haben Ausnahmen gemacht, das BGB. für den außerhäuslichen Verdienst und den freigebigen Erwerb mit der Freiheitsklausel (§ 1651), während das Schweizer ZGB. unter Übertreibung der Idee zu 1 bestimmt, daß der außerhäusliche Verdienst des unmündigen Kindes, solange es in häuslicher Gemeinschaft lebt, den Eltern sogar zu eigen zufallen soll (a. 295), was ein entschiedener Fehler ist.

Im übrigen ist wie im Code Napoléon aus dem väterlichen Ususfrukt der elterliche Ususfrukt geworden, jedoch so, daß er regelmäßig dem Vater zusteht, solange dieser der Hauptträger der elterlichen Gewalt ist, und nur in Ermangelung des Vaters der Mutter (§§ 1649, 1685, 1686).

V. Neuere Gesetze haben erkannt, daß dieser Ususfrukt von dem Ususfrukt des Verkehrs und des testamentarischen Rechts verschieden ist, daß er

[1]) Z. B. Pariser Stadtrecht a. 265—268.

1. aus dem Familienrecht stammt und mit dem Familienrecht in innigstem Zusammenhang bleibt, mit ihm entsteht, mit ihm untergeht und von ihm nicht getrennt werden darf, weshalb er auch, wenn das Vermögen in Grundstücken besteht, vom Grundbuch unabhängig ist.

2. Daß er der Familie dienen soll und seine Einkünfte vor allem dem Kinde und dem Hause verfangen sind (Schweizer ZGB. a. 293 und unsere ZPO. § 862), ein Verhältnis, welches nicht nur obligationsrechtlich, sondern auch dinglich wirkt, indem es den Gläubigern des Elternteils gegenüber zur Geltung kommt.

3. Außerdem stellte sich immer mehr das Bestreben heraus, den fehlerhaften Quasiususfrukt zu vermeiden.

Der Code Napoléon spricht darum von jouissance (im Gegensatz zu ususfruit), das Schweizer ZGB. von Nutzung (im Gegensatz von Nutznießung), das BGB. von Nutznießung (im Gegensatz zum Nießbrauch); in derselben Weise, wie diese Gesetze auch die ehemännliche Nutznießung vom Nießbrauch scheiden und als ein familienrechtliches Institut erklären.

VI. Die Nutznießung hat allerdings mit dem Nießbrauch vieles gemein; sie hat gemein

1. die Art des Fruchterwerbes: die natürlichen Früchte fallen dem Nutznießer wie dem Nießbraucher von selbst zu eigen zu (§ 1652); die Nutzungen gehören ihm, und er ist dinglich befugt zu denjenigen Geschäften, welche dazu dienen, die Sache zu fruktifizieren, also insbesondere zur Vermietung und Verpachtung mit einer über die Dauer der Nutznießung hinausgehenden Wirkung (§§ 1056, 1663). Es gelten auch die Nießbrauchsgrundsätze in bezug auf die Inventarstücke (§ 1048). In bezug auf Forderungen hat er das Recht auf die Zinsen; für die Befugnis der Einziehung gelten besondere Grundsätze.

2. Einen Quasiususfrukt (§ 1067) gibt es hier ebensowenig wie bei der Nutznießung des Ehemannes; an seine Stelle tritt der Dispositionsususfrukt: die Verfügungsnutznießung an verbrauchbaren Sachen (§ 1653).

3. Die Pflichten und Lasten des Ususfrukts obliegen dem Elternteil, dies auch mit Rücksicht darauf, daß der Ususfrukt nicht ein Sach-, sondern ein Vermögensususfrukt ist (§§ 1085 ff.).

Möglich ist, daß dem Elternteil, der an sich die Nutznießung hat, auch noch etwa kraft testamentarischer Bestimmung der Nießbrauch eingeräumt würde. Dies hätte zur Folge, daß das eingeräumte Genußrecht den Erlöschungsgründen der Nutznießung nicht unterläge: es würde z. B. nach Volljährigkeit des Kindes, nach Verheiratung der Tochter bestehen bleiben, und die Gläubiger des Kindes dürften den Nießbrauch nicht angreifen[1]). Ein solches Verhältnis ist aber im Zweifel nicht anzunehmen. Wenn z. B. im Testament dem Kinde das Eigentum und dem Vater der Nießbrauch vermacht sein sollte, so ist dies im Zweifel als ungenaue Ausdrucksweise aufzufassen. Namentlich ist nicht anzunehmen, daß der Elternteil an den verbrauchbaren Sachen ein „quasiususfruktliches" Eigentum erwerben soll.

VII. Im einzelnen gilt folgendes:

1. Der Elternteil wird Eigentümer der Früchte von ihrer Trennung an; sie können daher nunmehr weder von dem Kinde noch von dem Gläubiger des Kindes in Anspruch genommen werden (§ 1656).

2. Die Einziehung der Forderungen kann vom Elternteil mit Zustimmung des Gewalthabers des Kindes erfolgen, und wenn er, wie gewöhnlich, zugleich der Gewalthaber des Kindes ist, so erfolgt sie unter Berücksichtigung der Grundsätze der elterlichen Gewalt (§§ 1074, 1077f. und oben S. 433). Er hat auch die Befugnis, die Forderung einzuklagen: diese Befugnis hat er nach Analogie des § 1380 schon kraft seiner Verfügungsnutznießung, aber in der Art, daß er nur klagen kann auf Auszahlung an den Gewalthaber des Kindes (falls er nicht selbst Gewalthaber ist[2]).

3. Die Nutznießung ist gewöhnlich eine Früchtenutznießung, und zwar eine Früchtenutznießung an den Einzelsachen, unter Vorbehalt einer etwaigen Ausgleichung, falls diese Früchtenutznießung nicht übereinstimmt mit dem Einkommenserwerb; denn der Vater soll die Fruchtvorteile erlangen, soweit das Einkommen des Vermögens reicht, nicht aber

[1]) RG. 18. Dezember 1908, JW. 38 S. 145.

[2]) Vgl. Jena 5. Juli 1905, M. 11 S. 298, Braunschweig 7. Februar 1913. M. 26 S. 263.

darüber hinaus. Ausnahmsweise kann die Nutznießung direkt eine Einkommensnutznießung sein; so, wenn es sich um ein Erwerbsgeschäft des Kindes handelt (§ 1655): hier fallen die Einzelnutzungen und Einzelfrüchte in das Eigentum des Kindes, und der Elternteil hat nur einen obligationsrechtlichen Anspruch auf den nach der Verrechnung zutage tretenden Reingewinn[1]). So auch bei der Nutznießung ohne Verwaltung, wovon alsbald zu handeln ist (§ 1656). Doch gilt hier wieder folgender Unterschied:

a) Im Falle des Erwerbsgeschäftes kommt dem Elternteil das Jahreseinkommen zu nach den Grundsätzen der kaufmännischen Berechnung, also das Einkommen, das von Jahr zu Jahr berechnet wird und mit dem Jahr abschließt, jedoch in der Art, daß das Minus des einen Jahres durch den Gewinn des kommenden Jahres auszugleichen ist, und dem Vater erst nach Deckung des Minus wieder ein Jahresgewinn zufällt[2]); denn sonst würde das Kapital des Kindes angegriffen (§ 1655).

Der hiernach sich ergebende Reingewinn steht den Nutznießungseinkünften gleich und kann daher von den Gläubigern des Parens nur nach § 862 ZPO. gepfändet werden (Vollstreckungssperre).

b) Im Falle der Nutznießung ohne Verwaltung ist dem Parens von Fall zu Fall, was an Früchten und Nutzungen eingeht, zuzuführen, und der Ausgleich zwischen Früchten, Nutzungen einerseits und Einkommen andererseits von Gelegenheit zu Gelegenheit vorzunehmen (§ 1656). Im übrigen gilt auch hier die Vollstreckungssperre des § 862 ZPO.

4. Die Nutznießung ist, wie der Nießbrauch, regelmäßig eine verwaltende Nutznießung, d. h. eine Nutznießung, bei welcher der Nutznießer nicht etwa bloß die Früchte und schließlich das Einkommen erhält, sondern bei welcher er selber die Sachen benutzt und fruktifiziert; und dieses Verwaltungsrecht ist noch in einem Punkt gesteigert: soweit es sich um verbrauchbare Sachen handelt, wird die Nutznießung

---

1) LG. Darmstadt 16. August 1911, Hessen 12 S. 363.

2) Über das Verhältnis zwischen den Früchten und Nutzungen der einzelnen Vermögensgegenstände und dem Einkommen des Vermögens vgl. Lehrb. I S. 480.

zur Verfügungsnutznießung, so daß der Nutznießer die Berechtigung hat, über diese verbrauchbaren Sachen zu verfügen, obgleich er nicht Eigentümer ist, und zwar zu verfügen im eigenen Namen, eben kraft seines Nutznießungsrechtes (§ 1653). Natürlich gibt das Nutznießungsrecht wie das Nießbrauchsrecht auch die Befugnis, Rechtsgeschäfte zur indirekten Nutzung und Fruktifizierung abzuschließen; gerade derartige Rechtsgeschäfte, wie Miete und Pacht, bewirken es, daß die Nutznießung in weiterem Maße zur Fruchtziehung wird; denn indem die Nutzung andern übertragen wird, erhält der Berechtigte in den Miet- und Pachtzinsen Früchte, d. h. körperliche Erträgnisse.

Die Nutznießungsverwaltung und die Verwaltung kraft des Gewaltrechtes können hier wahlweise nebeneinander stehen. Infolge des Gewaltrechtes schließt der Gewalthaber die betreffenden Rechtsgeschäfte stellvertretend ab, kraft der Nutznießung im eigenen Namen. Will z. B. der Elternteil, welcher die Nutznießung hat, Grundstücke des Kindes vermieten oder verpachten, so stehen ihm zwei Wege offen: er kann es als Nutznießer im eigenen Namen tun, hat aber dann zu gewärtigen, daß nach Aufhebung der Nutznießung das Kind dem Mieter oder Pächter in gesetzlicher Frist kündigt, ebenso wie wenn ein Nießbraucher die Sache vermietet oder verpachtet hätte (§ 1663); oder aber er vermietet oder verpachtet im Namen des Kindes, dann kann der Vertrag auch über die Zeit der Nutznießung und der väterlichen Gewalt bindend abgeschlossen werden, aber dann bedarf es, wenn das Verhältnis längere Zeit über die Volljährigkeit hinausdauern soll, der Zustimmung der Obervormundschaft (§§ 1643 und 1822 Z. 5).

Ausnahmsweise gibt es Fälle der Nutznießung ohne Verwaltung; ein solcher Fall liegt vor, wenn der Erblasser oder Schenker dem Kinde Vermögen zuwendet und dem Vater die Verwaltung, aber nicht die Nutznießung entzieht. Solches kann vorkommen (§§ 1638, 1651), aber es wird selten sein: wenn der Erblasser dem Vater die Verwaltung nimmt, wird dies gewöhnlich so gemeint sein, daß das Vermögen freies Vermögen wird und weder der Verwaltung noch der Nutznießung des Vaters unterliegt. Im übrigen gilt bei Frei-

gebigkeitszuwendungen das Recht des Freigebigen, die Verwaltung und Verwendung des Vermögens zu bestimmen, von welcher Bestimmung bei Freigebigkeiten unter Lebenden regelmäßig nur mit seiner Einwilligung, bei Freigebigkeiten von Todes wegen auch sonst aus besonderen Gründen des Mündelinteresses abgewichen werden darf (§§ 1639, 1803).

Häufiger ist der Fall einer Nutznießung ohne Verwaltung kraft der Gesetzesbestimmung, daß der Elternteil, der in Konkurs kommt, zwar die Verwaltung, aber nicht die Nutznießung verliert (§ 1647)[1]).

Nicht selten ist endlich der Fall, daß die Obervormundschaft dem Elternteil die Verwaltung entzieht (§§ 1666, 1670).

5. Die Nutznießung ist eine Nutznießung am Vermögen, daher mit Abzug der dem Vermögen zur Zeit der Entstehung aufliegenden Schulden (§ 1659; vgl. §§ 1086f.). In dieser Hinsicht gilt das gleiche wie bei der ehelichen Nutznießung. Vgl. oben S. 195f.

Was aber die während der Nutznießung neu erwachsenden Kindesschulden betrifft, so besteht gegenüber der ehemännlichen Nutznießung ein großer Unterschied: Die ehemännliche Nutznießung hat einen selbständigen Charakter, sie soll dem Ehemann einen Fonds gewähren, auf dem er bauen kann, und darum kann er die Haftung wegen neu entstehender Schulden der Frau ablehnen, außer in gewissen Fällen, und jedenfalls haben die Gläubiger der Frau nur dann einen Zugriff auf das eingebrachte Gut, wenn der vollstreckbare Titel zugleich auf den Mann gestellt ist (§ 739 ZPO.). Dagegen hat die elterliche Nutznießung nur einen akzessorischen Charakter. Hier wiegt der Gedanke ob, daß die Nutznießung nur eine besondere juristische Form ist, in welcher das Prinzip zutage tritt, daß der Unterhalt des Kindes zunächst aus den Früchten seines Vermögens bestritten werden soll. Daher der Satz, daß für Schulden des Kindes aller Art das Vermögen des Kindes zur Vollstreckung gebracht werden kann ohne Rücksicht auf die elterliche Nutznießung, und daß dabei der Elternteil den Gläubigern sogar für das von ihm verbrauchte Gut aufkommen muß (§ 1659 BGB.); und es genügt prozessualisch

[1]) Vgl. RG. 20. Mai 1901, Entsch. 48 S. 192.

ein auf die Person des Kindes gestellter vollstreckbarer Titel (§ 746 ZPO.).

Um so mehr muß natürlich ein Satz gelten, der bereits im ehelichen Nutznießungsrecht gilt: das Nutznießungsvermögen muß das Kind decken und kann daher vor allem für Deliktschulden des Kindes in Anspruch genommen werden (§ 1659).

6. Der Elternteil, dem die Nutznießung zukommt, haftet den Gläubigern (gesamtverbindlich mit dem Kinde) für die Lasten der Nutznießung[1]), also für die Schuldzinsen, für die den Einkünften entsprechenden wiederkehrenden Leistungen, für die öffentlichen Abgaben und die Versicherungsprämien[2]) (§§ 1088, 1384—1386, 1388, 1654); er haftet auch nach Maßgabe der Verteidigungspflicht für die Kosten des Rechtsstreites und der prozessualischen Verteidigung (§§ 1387, 1654). Er haftet hierfür, auch wenn die Nutznießung nichts erübrigt und er dadurch in das Minus kommt; denn er hat an dem angefallenen und anzufallenden Vermögen die Nutznießung, und daher kann nicht in Betracht kommen, daß einstweilen noch nichts vorhanden ist; dem etwaigen bevorstehenden Plus der Früchte und Einkünfte entspricht ein einstweiliges Plus der Auslagen: es handelt sich um eine Nutznießung nicht nur in die Gegenwart, sondern auch in die Zukunft[3]). Haftet doch auch der Nießbraucher eines Gesamtvermögens für die Lasten des Nießbrauchs über den Fruchtgenuß hinaus (§ 1088)[4]).

7. Die Nutznießung ist ein Ausfluß des Familienrechtes, daher mit den Familienpflichten belastet. Bei dieser Belastung aber gilt die Einheit der Familie; diese ist bestimmt nicht nur zum Unterhalt und zur Erziehung des Kindes, sondern zum standesmäßigen Unterhalt der ganzen Familie: das Haus läßt sich nicht teilen, die Familie darf nicht darben,

---

[1]) Breslau 12. April 1906, Recht 10 Nr. 1499.

[2]) Also auch ultra vires, RG. 12. März 1908, M. 17 S. 244.

[3]) Celle 13. Februar 1906, M. 12 S. 326, Hess. Justizminister 22. November 1911, Hessen 12 S. 290. Unrichtig RG. Strafs. 22. Januar 1912, Zeitschr. Bayern 8 S. 194. Vgl. auch Celle 1. November 1911, M. 24 S. 31, und Naumburg 12. Dezember 1911, M. 24 S. 31.

[4]) RG. 23. Oktober 1909, Entsch. 72 S. 101.

während das Kind im Überfluß lebt (§ 862 ZPO.). Daraus geht hervor:

a) Der Nutznießer kann sein Recht nicht an Dritte übertragen, auch nicht in der beschränkten Weise, welche man als Übertragung der Ausübung bezeichnet (§ 1658); nur ein hyperfamiliäres Einschreiten ist möglich, indem die Obervormundschaft dem Elternteil die Verwaltung entzieht (§§ 1666, 1670).

b) Die Gläubiger des Parens können nicht auf das Nutznießungsrecht greifen (§ 862 ZPO.).

c) Der Nutznießer kann das Nutznießungseinkommen nur soweit veräußern, als es fällig ist und nur nach Abzug der Belastung, und das gleiche gilt für den Zugriff seiner Gläubiger (§ 862 ZPO.).

d) Fällt der Nutznießer in Konkurs, so fällt nicht die Nutznießung in Konkurs, sondern nur die bereits fälligen Nutznießungsfrüchte, aber auch diese nur nach Abzug der entsprechenden Belastung, gemäß den oben entwickelten Grundsätzen.

8. Der Parens kann über die Nutznießung allerdings durch Verzicht verfügen; der Verzicht erfolgt durch öffentlich beglaubigte Erklärung an die Obervormundschaft, denn das familienrechtliche Element ist maßgebend; sie erfolgt in dieser Weise, gleichgültig ob das Vermögen aus beweglichem oder unbeweglichem Gute besteht (§§ 1662, 1064).

Die Verfügung durch Verzicht wirkt als Verfügung; sie wirkt daher, sofern und soweit der Verfügende verfügen kann. Hat er durch frühere Handlungen Rechte Dritter begründet, so können diese hierdurch nicht angetastet werden; so auch Miet- und Pachtverhältnisse: die Kündigung, von welcher oben (S. 462) die Rede war, kann nicht schon nach dem Verzicht erfolgen, sondern erst dann, wenn die Nutznießung auch ohne Verzicht kraft Rechtssatzes erlöschen würde (vgl. § 1056 BGB.).

9. Die Nutznießung erlischt kraft familienrechtlicher Ereignisse

a) durch Aufhebung der elterlichen Gewalt, also namentlich durch Volljährigkeit des Kindes,

b) durch obervormundschaftliche Verordnung, wobei sie entweder absolut aufgehoben wird oder auf den anderen Ehegatten übergeht (§§ 1666, 1685).

c) Sie erlischt durch Verheiratung der minderjährigen Tochter (§ 1661) — dem jungen Ehepaar soll das Vermögen der Frau mit seinen Früchten zur Verfügung gestellt werden; die Ausnahme des § 1661: Ehe ohne erforderliche elterliche Einwilligung, versteht sich von selbst.

Im Falle b wird diesem Elternteil mit der Nutznießung regelmäßig auch die Verwaltung entzogen werden; verliert er die Nutznießung wegen Mißwirtschaft oder wegen Vernachlässigung des Kindes, so kann ihm nicht noch die Verwaltung des Vermögenskapitals verbleiben. Vgl. S. 474.

Was aber den Fall zu c betrifft, so ist zu sagen: weder bei dem gesetzlichen Güterrecht noch bei der Gütergemeinschaft ist eine Gestaltung in der Art angängig, daß der Elternteil die Verwaltung behält und dem Ehemann die Nutznießungsfrüchte abliefert; dies stünde mit der ganzen Stellung des Ehemannes in Widerspruch: der Ehemann soll bei dem gesetzlichen Gütersystem Nutznießung und Verwaltung, er soll bei der Gütergemeinschaft die volle Verfügung haben. Daher müssen in solchem Falle die Rechte des Elternteiles hinter dem Rechte des Ehemannes zurücktreten. Die Fortdauer der elterlichen Verwaltung wäre nur bei der Gütertrennung und dem Vorbehaltsgut denkbar, aber auch hier würden sich durch ein ständiges Hineinreden des Elternteils Verhältnisse entwickeln, die dem Wesen der Ehe widersprächen. Daher ist zu sagen, daß mit dem Aufhören der Nutznießung zu c auch die Verwaltung des Elternteils aufhört.

10. Bei Beendigung der Nutznießung können sich Ausgleichungsverhältnisse ergeben; diese sind:

a) Nießbrauchsausgleichungen, d. h. Ausgleichungen, die der Nutznießung und dem Nießbrauch gemeinsam sind, so was den übermäßigen Fruchtgenuß, was Ausbesserungen und Verwendungen betrifft (§§ 1039, 1041, 1049), wobei aber stets zu berücksichtigen ist, daß auch in bezug auf die Nutznießung der Elternteil nur für culpa in concreto einsteht (§ 1664).

b) Ausgleichungen, welche die Besonderheit der Nutznießung betreffen. Der Elternteil hat auszugleichen, wenn er mit dem Stamm des Kindesvermögens Kosten des Unterhalts und der Erziehung oder Familienkosten bestritten hat, die er mit den Früchten hätte bestreiten sollen.

Die Ausgleichung findet erst bei Beendigung der Nutznießung statt, nicht schon im Moment des Beruhens der elterlichen Gewalt — denn die Unglücksfälle, welche ein solches Beruhen bewirken, sollen dem Elternteil nicht schwere Ungelegenheiten bringen —, wohl aber dann, wenn ihm die Nutznießung wegen Mißwirtschaft durch die Obervormundschaft entzogen wird (§ 1657).

11. Ein Streit zwischen dem Nutznießer und dem Kinde über die Ausdehnung der Nutznießungsberechtigung wie über die nachträgliche Ausgleichung ist durch das Prozeßgericht zu schlichten[1]); daher hat das Prozeßgericht auch zu entscheiden, ob ein Erträgnis als Frucht zu behandeln ist oder zum Kapitalvermögen gehört. Handelt es sich aber um die Art der Verwaltung und die Frage, ob hierbei nicht der Kapitalbestand des Vermögens gefährdet wird, so ist die Obervormundschaft berufen, einzuschreiten, auch wenn der Elternteil diese Art der Verwaltung auf sein Nutznießungsrecht bauen wollte, denn die Obervormundschaft hat für Erhaltung des Kapitalvermögens des Kindes zu sorgen.

VIII. Dem Nutznießungsvermögen steht entgegen das freie Vermögen des Kindes. Dieses besteht wie im gemeinen Recht aus zwei Bestandteilen, dem Arbeitsverdienst und dem mit Freiheitsklausel zugewendeten Freigebigkeitserwerb (§ 1651). Außerdem sind Sachen des persönlichen Gebrauchs freies Vermögen (§ 1650): der Vater ist nicht berechtigt, dem Sohn Überzieher oder Stiefel wegzunehmen, um sie für sich zu gebrauchen. Hierbei gilt folgendes:

1. Wird dem Elternteil die Nutznießung durch Freigebigkeitsverfügung entzogen, so verliert er damit nicht ohne weiteres die Verwaltung, doch ist im Zweifel anzunehmen, daß mit dem einen auch das andere gemeint ist (§ 1638, oben S. 462).

2. Der Arbeitsverdienst fällt an sich in die Verwaltung des Elternteils; jedoch kann

a) der Dienst- und Arbeitslohn dem Kinde ausbezahlt werden, wenn es die elterliche Ermächtigung hat, für sich in Arbeit zu treten (§ 113). Die Eltern können aber die Ab-

[1]) Oberstes LG. München 30. April 1904, E. f. G. 4 S. 191.

lieferung des Verdienstes verlangen, damit sie das Geld verwalten, aber nur in den Schranken der Billigkeit, also nicht, sofern und soweit das Kind den Verdienst für seine eigenen gerechtfertigten Bedürfnisse ausgibt[1]). Für gewerbliche Arbeiter gelten die oben (S. 416) besprochenen Bestimmungen der Gewerbeordnung.

b) Die Ermächtigung zu einem selbständigen Geschäftsbetrieb im Sinne des § 112 hat nicht nur den Sinn, daß der Mündel das erworbene Vermögen als freies erwirbt, sondern daß er das erworbene Vermögen und zudem auch alles, was zu seinem Geschäftsbetrieb gehört, in seine Verwaltung bekommt und auch in seiner Verwaltung behält, solange ihm nicht, wozu die obervormundschaftliche Genehmigung nötig ist, die Ermächtigung entzogen wird.

c) Sachen des persönlichen Gebrauchs des Kindes sind dadurch, daß sie dem persönlichen Gebrauch unterliegen, der regelmäßigen Verwaltung des Vaters entzogen; doch ist sein Verwaltungsrecht nicht völlig ausgeschlossen; er darf es geltend machen in den Schranken der Erziehung, indem er einstweilen Gegenstände dem Gebrauch des Kindes wegnimmt, deren Gebrauch ihm unangemessen oder gar verderblich erscheint. Auch eine Wegnahme und Zurückhaltung als Zuchtmittel, oder um das Kind zu zwingen, zum Hause zurückzukehren, ist statthaft.

IX. Das Nutznießungsvermögen und das freie Vermögen bilden zwei Vermögensmassen, welche demselben Kinde angehören und (von Ausnahmen abgesehen) in der Verwaltung derselben Person stehen.

Daher gilt

1. hier wie in allen derartigen Verhältnissen das volle Ersatzprinzip (§§ 1638, 1651 BGB.): was mit freiem Vermögen erworben wird, wird freies, was mit Nutznießungsvermögen erworben wird, wird Nutznießungsvermögen. Hiervon machen nur diejenigen Gegenstände eine Ausnahme, welche als Eigengebrauchsachen dem Kinde dienen: diese sind freies Ver-

---

[1]) Vgl. Schweizer ZGB. a. 295 Abs. 2: „Lebt das Kind mit Zustimmung der Eltern außerhalb der häuslichen Gemeinschaft, so kann es unter Vorbehalt seiner Pflichten gegenüber den Eltern über seinen Arbeitserwerb verfügen.“

mögen, solange sie Eigengebrauchsachen sind: sie werden mit diesem Moment freies Vermögen und hören entsprechend auch wieder auf, es zu sein (§§ 1650, 1651, 1638).

Ebenso gilt

2. im Verhältnis beider Vermögensmassen das Ausgleichungsprinzip: wenn aus der einen Vermögensmasse für die andere etwas verwendet wird, so tritt die Pflicht des Wertersatzes ein (§§ 1660, 1654).

Eine Ausgleichung zwischen dem Nutznießungsvermögen und dem freien Vermögen findet insbesondere statt, wenn wegen einer unerlaubten Handlung des Kindes eine Entschädigung aus dem Nutznießungsvermögen gezahlt worden ist. Die Entschädigungszahlung obliegt dem freien Vermögen; daher kann der Elternteil wegen des ihm hierdurch entzogenen Zinsbetrages eine Ausgleichung beanspruchen (§§ 1660 und 1415 Z. 1).

II. Beendigung und Hemmung.

1. Allgemeines.

§ 105.

I. Die elterliche Gewalt kann absolut aufhören durch Ereignisse in der Person des Kindes, durch seinen Tod und seine Todeserklärung, letztere sofern und soweit eine Beerbung eintritt.

Der Elternteil hat im Falle des Todes des Kindes die notwendigen Geschäfte einstweilen weiterzuführen (§ 1683).

II. Sie hört auf mit der Volljährigkeit oder Volljährigkeitserklärung des Kindes; dagegen wird sie durch die Ehe der minderjährigen Tochter nicht aufgehoben. Der Grundsatz: Ehe macht mündig, gilt bei uns nicht[1]). Natürlich verliert der Elternteil in solchem Falle die tatsächliche Personengewalt und hat keine Befugnis mehr, den Aufenthalt der Frau zu bestimmen oder sie gar vom Ehemann zu vindizieren. Doch behält er

1. die Personengewalt über die die Person betreffenden Geschäfte (z. B. Entlassung aus dem Staatsverband, Adoption) (§ 1633),

---

[1]) Dies ist ein Fehler; anders Schweizer ZGB. a. 14.

2. die Vermögensgewalt, jedoch mit den Beschränkungen, die oben S. 466 erwähnt worden sind.

III. Nicht absolut, sondern relativ erlischt die elterliche Gewalt, wenn das Kind unter Gewalt bleibt, der Elternteil aber stirbt oder aus einem anderen Grunde die Gewalt verliert; hier kann die ausschließliche elterliche Gewalt des anderen Teiles oder es kann Vormundschaft eintreten.

IV. Wenn die elterliche Gewalt aufhört, so hat der Elternteil das von ihm verwaltete Vermögen herauszugeben und Rechenschaft abzulegen (§ 1681). Eine Rechnungsstellung bei der Obervormundschaft findet nur statt, wenn diese Veranlassung hat, kraft § 1666 einzuschreiten.

2. Obervormundschaftlicher Eingriff.

§ 106.

I. Das Vertrauen auf die ethische Kraft, auf die Hingebung und Treue der Elternschaft geht leider oft in die Brüche. An Stelle treuer Waltung für das der Sorge übergebene kindliche Leben tritt oft elende Selbstsucht, schmachvolle Ausbeutung oder mindestens eine gottlose Fahrlässigkeit, und auch wo die Elternliebe an sich nicht Not leidet, ist häufig die ganze Atmosphäre der Familie vergiftet und der Familienboden ein Herd des Verderbens und eine Pflanzstätte schlimmster Laster. Schon in niederen agrarischen Kreisen ist oft eine entsetzliche Fühllosigkeit und Gemütsroheit zu finden, indem die Kinder einfach als Erwerbsobjekte ausgebeutet werden; denn der niedere Erwerb schlägt oft alles Gefühl nieder. In entwickelter Kultur tritt dies noch mehr hervor, wo durch die sozialen Gegensätze der Genußtrieb gesteigert und die Verbrechensleidenschaft genährt wird. Auch wird in einer stark durchwürfelten Gesellschaft, wo der einzelne nicht mehr der Familienkontrolle unterliegt, manche Hemmung zurückgedrängt, welche noch von den schlimmsten Mißbräuchen zurückhielt. So kommt es, daß es bei fortschreitender Kultur immer notwendiger wird, staatlich einzuschreiten und den Eltern mehr oder minder die Herrschaft über die Kinder zu entziehen.

Dies zeigt sich in der ganzen modernen Gesetzgebung und in der Praxis des modernen Rechts. So hat in den ver-

schiedenen Ländern teils die Rechtspflege eingegriffen, teils die Gesetzgebung, z. B. französisches Gesetz vom 24. Juli 1889 und 18. April 1891, die englische Children Act, das Genfer Gesetz über freiwillige Gerichtsbarkeit a. 626f., Graubünden a. 65, und so auch das Schweizer ZGB. a. 297. In dieser Beziehung entspricht unser Bürgerliches Gesetzbuch dem modernen Gang der Entwicklung; nur daß es den Grundgedanken der Jugendfürsorge nicht genügend betont; die Macht der freiwilligen Liebestätigkeit wurde von ihm nicht aufgerufen, sie mußte von selbst kommen, und eine Jugendfürsorge mit allen Einzelheiten, außerhalb der Bureaukratie und außerhalb der bisherigen Begriffe von Elterntum und Vormundschaft stehend, muß sich erst entwickeln. Daß trotz allem die Familienerziehung der regelmäßige Ausgangspunkt sein muß, habe ich anderwärts entwickelt[1]).

II. Der soziale Angelpunkt liegt in § 1666. Wo überall das sittliche und leibliche Wohl des Kindes gefährdet ist, kann die Obervormundschaft die entsprechenden Maßregeln ergreifen und das Kind einer anderen Erziehung und einer anderen Umgebung anvertrauen[2]). Allerdings ist diese Bestimmung ein Schlag ins Wasser, wenn es an der nötigen Gelegenheit fehlt, das Kind unterzubringen; der Jugenderziehung stehen daher noch große Aufgaben bevor, die erst zu lösen sind[3]).

Andererseits sind auch die Gerichte vielfach zu ängstlich gewesen und haben viel zu viel Zurückhaltung bewiesen[4]), namentlich auch was die Vermögensverwaltung betrifft[5]). Weg mit der alten Pandektentechnik, wenn uns die Aufgaben der Jugendfürsorge locken!

---

[1]) Recht und Persönlichkeit S. 3f.

[2]) Man verlangt, daß eine gegenwärtige Gefahr für das Wohl des Kindes vorliegt, KG. 13. September 1909, 30. April 1909, M. 21 S. 266, 267, Oberst. LG. München 4. März 1910, ebenda 21 S. 267. Natürlich kann die Gefahr auch darin liegen, daß eine erforderliche Unterbringung des Kindes in eine Anstalt vom Elternteil verhindert wird, KG. 18. Februar 1910, ebenda 21 S. 265.

[3]) Vgl. Köhne an verschiedenen Stellen, z. B. JZ. 10 S. 1087.

[4]) Vgl. Stuttgart 12. Oktober 1910, E. f. G. 11 S. 8.

[5]) KG. 8. November 1906, E. f. G. 8 S. 86.

Natürlich darf im Falle des § 1666 auf die Vergangenheit des Elternteils zurückgegriffen werden, sofern es sich darum handelt, den gegenwärtigen Zustand seines Gefühls- und Wirtschaftslebens zu charakterisieren. Hat es sich aber so gefestigt, daß nach einem vielleicht stürmischen Leben für die Zukunft jedes Bedenken schwindet, so mag die Vergangenheit auf sich beruhen[1]).

III. Das Verfahren des § 1666 tritt natürlich auch dann ein, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt kein unsittlicher Schurke, sondern ein beschränkter Tropf ist, der die Angelegenheit des Kindes vernachlässigt. Auch im Falle der Verbüßung einer Freiheitsstrafe kann der Fall gegeben sein[2]).

Die Entziehung kann nicht nur eine Entziehung gegenüber dem Vater, sondern auch gegenüber der Mutter sein, namentlich wenn die ganze häusliche Sphäre eine dem Kind verderbliche ist[3]). Deswegen wird es in solchen Fällen meist bedenklich sein, das dem Vater entzogene Kind der Mutter zu überlassen. War diese bisher nicht willens oder nicht imstande, das Kind zu schützen, so wird dies auch in der Folgezeit kaum der Fall sein; daher ist das Eintreten einer Vormundschaft unvermeidlich. Ist die Ehe geschieden, dann wird die Obervormundschaft zu prüfen haben, ob dem anderen Ehegatten die Personensorge zu überlassen ist; regelrecht wird auch hier die Obervormundschaft mindestens einen Pfleger aufstellen[4]). Bei dieser Entziehung kann auch der Verkehr des Elternteils mit dem Kinde verboten werden; über diesen Verkehr hat regelrecht der Pfleger oder Vormund zu bestimmen, vorbehaltlich der Entscheidung der Obervormundschaft[5]). Vgl. oben S. 447, 450.

Ist dem Elternteil nach § 1666 die Personengewalt vollkommen entzogen, so kann er sich nicht mehr in die Er-

---

[1]) KG. 13. Mai 1907, M. 16 S. 18.

[2]) KG. 7. August 1900, E. f. G. 1 S. 92.

[3]) KG. 28. Mai 1910, E. f. G. 11 S. 4.

[4]) KG. 4. Mai 1905, E. f. G. 6 S. 23, 10 S. 94; Colmar 24. Januar 1912, M. 26 S. 280.

[5]) KG. 14. März 1904, E. f. G. 4 S. 138.

ziehung einmischen, es steht ihm daher auch nicht eine Beschwerde im Sinne des § 57 GfG. zu[1]).

IV. Ein Eingriff nach § 1666 kann in allen Lagen der elterlichen Gewalt eintreten, z. B. auch während des Ehescheidungsverfahrens, in welchem Falle die Entscheidung der Obervormundschaft der des Prozeßgerichtes vorgeht[2]).

V. Fälle des § 1666 sind beispielsweise, wenn im Hause Dirnen gehalten werden[3]), wenn das Kind im Hause von den Eltern oder von den Angehörigen, von Stiefvater oder Stiefmutter mißhandelt wird[4]), wenn das leibliche Wohl des Kindes es gebietet, daß es in eine Anstalt aufgenommen wird[5]), wenn die religiöse Erziehung des Kindes gefährdet[6]), wenn es gegen die Schulzucht aufgereizt wird[7]), wenn das Kind aus geordneten Verhältnissen, in denen es bisher lebte, durch Verbringen in das Elternhaus herausgerissen würde[8]).

Das ganze Verfahren nach §§ 1666 ff. ist ein obervormundschaftliches; die Prozeßgerichte haben darüber nicht zu entscheiden. Das Prozeßgericht hat auch keine Befugnis, dem Vater die elterliche Gewalt zu nehmen oder zu beschränken — dies kann nur die Obervormundschaft[9]).

VI. Wie schon angedeutet, kann auch die Sorge für das Vermögen des Kindes einen ernsteren Charakter annehmen, sei es nun, daß der Vater absichtlich schlecht handelt oder die Interessen des Kindes schuldhaft vernachlässigt oder daß ihm überhaupt die wirtschaftlichen Talente fehlen und daß er aus irgendwelchen Gründen in seiner Wirtschaft zurückkommt; nimmt er dem Kinde einfach Kindesvermögen für sich weg, so kann dies ein wesentlicher Grund sein[10]). Die

---

[1]) KG. 10. Januar 1913, M. 26 S. 272.

[2]) KG. 20. April 1903, M. 7 S. 75.

[3]) KG. 19. Juli 1902, Recht 7 Nr. 498.

[4]) Oberstes LG. München 27. Juni 1901, Recht 7 Nr. 498; KG. 10. November 1902, M. 6 S. 288.

[5]) Dresden Recht 7 Nr. 500.

[6]) KG. 3. Dezember 1900, M. 21 S. 253.

[7]) Doch gilt dies natürlich nur im äußersten Fall, KG. 14. März 1907, M. 16 S. 10.

[8]) Oberstes LG. München 29. April 1910, Recht 14 Nr. 1986.

[9]) RG. 30. März 1897, Enstch. 39 S. 157.

[10]) Oberstes LG. München 11. Februar 1910, Recht 14 Nr. 1265.

Maßregeln der Obervormundschaft in diesem Falle sind folgende (§§ 1666, 1667, 1668, 1670):

1. sie kann vom Vater ein Inventar verlangen;

2. sie kann ihm aufgeben, Wertpapiere, Kostbarkeiten zu hinterlegen und eine Banksperre eintreten zu lassen, z. B. in bezug auf ein Sparkassenbuch[1]);

3. sie kann dem Vater Sicherheitsleistung in der einen oder anderen Art auferlegen;

4. sie kann ihm die Vermögensverwaltung entziehen;

5. sie kann ihm die Nutznießung entziehen.

Von diesen Maßregeln ist 1 und 2 an gleicher Stelle genannt. 3 soll nur eintreten, wenn 1 und 2 nicht ausreichen, 4 nur dann, wenn 1, 2 und 3 nicht genügen. Die Maßregel zu 4 soll nicht nur an sich wirken, sondern auch als Drohmittel: sie wird angedroht, um den Elternteil zu zwingen, Leistungen zu 1, 2 und 3 zu machen.

Doch ist es mit dieser Abstufung nicht so genau zu nehmen, und in dringenden Fällen kann gewiß die Obervormundschaft auch eine Vorstufe überspringen (§§ 1667, 1668, 1670). Dabei gilt folgendes: die Sicherheitsleistung kann, wie dies bereits oben (S. 403, 435) dargelegt worden ist, nur auf diesem Wege, nicht auf andere Weise, also nicht durch direkte Einwirkung erzwungen werden; namentlich sind die Landesrechte, welche in sonstigen Fällen Zwangsmaßregeln aufstellen können, hier machtlos[2]).

Eine Entziehung nicht nur der Vermögensverwaltung, sondern auch der Nutznießung ist vorgesehen, wenn der Elternteil den Unterhalt nicht leistet und solches auch für die Zukunft zu befürchten ist (§ 1666).

Höchst überflüssig und selbstverständlich ist die Bestimmung, daß die Obervormundschaft, wenn sie den Parens vor die Türe setzt, ihn regelmäßig hören, sich auch bei den Verwandten Rats erholen soll (§ 1673), ebenso daß die Maßnahmen des § 1667 geändert und aufgehoben werden können; denn wie kann es sich bei dem ständigen Wechsel der Umstände um ein Definitivum handeln? Natürlich ist, insoweit

---

[1]) Colmar 21. Juni 1911, Els.-Lothr. 36 S. 398.

[2]) KG. 16. Februar 1903, M. 6 S. 289.

der Elternteil wieder eingesetzt wird, der Vormund oder Pfleger seiner Stellung zu entheben (§§ 1671 und 1919).

VII. Gegen das Vorgehen nach §§ 1666f. findet Beschwerde statt (§ 20 GfG.)[1]); eine solche steht aber auch, wenn ein solches Vorgehen abgelehnt wird, den Verwandten und Verschwägerten des Kindes zu (§ 57 Z. 8 GfG.).

3. Sonstige Erlöschungsarten.

§ 107.

I. 1. Die elterliche Gewalt erlischt durch Todeserklärung des Gewalthabers, sie erlischt mit Rückwirkung: sie tritt bereits in dem durch Todeserklärung bezeichneten Zeitpunkt ein (§ 1679), — eine verkehrte Bestimmung.

Natürlich wird schon vorher regelmäßig die elterliche Gewalt für ruhend erklärt, so daß Verfügungen, welche etwa der Elternteil von der Fremde her getroffen hat, schon deshalb unwirksam sind und infolgedessen das Ungeeignete der Bestimmung wenig hervortritt. Bedeutsam ist dies aber immerhin

a) nach § 1777: eine testamentarische Vormundschaftsbestimmung ist von Wirkung, wenn sie dem in der Todeserklärung angegebenen Augenblick des Todes vorhergeht, nicht wenn sie ihm nachfolgt,

b) wegen der Nutznießung, die in dem hiernach bestimmten Momente des Todes erlischt. Natürlich wird schon vorher die Nutznießung des abwesenden Elternteils der Kindesfürsorge in der Art dienstbar gemacht werden, daß die Früchte, soweit nötig, für das Kind und die Familie verwendet werden.

2. Die Erlöschenswirkung ist eine durchgreifende, nicht etwa eine Erlöschenswirkung nach den Grundsätzen der doppelten Rechtsordnung. Stellt sich die Todeserklärung als unrichtig dar, so entsteht die elterliche Gewalt nicht von selbst wieder, noch weniger wird sie als nicht erloschen betrachtet, sondern sie bleibt erloschen und tritt erst wieder ein, wenn der Zurückgekehrte der Obervormundschaft erklärt hat, die elterliche Gewalt wieder zu übernehmen: dann tritt

---

[1]) KG. 26. September 1913, Joh. 45 A Nr. 6.

sie von dieser Erklärung an wieder ein, und die etwaige Vormundschaft wird wieder aufgehoben (§ 1679).

II. 1. Die Mutter verliert die elterliche Gewalt durch eine neue Ehe (§ 1697); sie verliert sie samt der Nutznießung; doch behält sie die Personengewalt über das Kind, abgesehen vom Vertretungsrecht, und zwar behält sie die Personengewalt in erster Reihe, nicht etwa neben dem Vormund[1]). Die Entbehrung der Vertretungsgewalt und die Versperrung des Rechtsverkehrs ist allerdings sehr bedränglich; bedarf es der Rechtshandlung des Vormundes und verweigert er sie, so entscheidet die Obervormundschaft (vgl. unten S. 480), und sobald eine Rechtshandlung sowohl die Personengewalt als auch die Vermögensverwaltung betrifft, hat bei Widerspruch ebenfalls wie gewöhnlich die Obervormundschaft zu befinden (vgl. §§ 1697, 1696 und 1629).

2. Die Elterngewalt der Mutter geht durch die Eheschließung von selbst verloren, weshalb der deutsche Standesbeamte der Obervormundschaft Mitteilung zu machen hat (§ 48 GfG.).

3. Durch Scheidung der neuen Ehe erwirbt die Mutter das elterliche Recht nicht wieder zurück[2]). Dasselbe gilt, wenn die Ehe für nichtig erklärt wird, denn auch dann hat sich die Frau dem Kinde entfremdet; anders wenn eine Nichtehe vorliegt.

III. 1. Die elterliche Gewalt wird verwirkt durch ein Verbrechen oder ein schweres Vergehen gegen die Person des Kindes, allerdings juristisch nicht schon durch das Verbrechen, sondern durch ein das Verbrechen feststellendes rechtskräftiges Strafurteil (§ 1680). Natürlich hat auch hier das Urteil feststellende, nicht rechtsgestaltende Kraft: es wäre Unnatur, die Verwirkung an etwas anderes als an das Verbrechen anzuknüpfen. Ein Verbrechen am Vermögen des Kindes würde nicht genügen, sofern darin nicht zugleich eine schwere Verletzung der Persönlichkeit des Kindes enthalten ist, z. B. Betrug oder Erpressung[3]).

---

[1]) RG. 18. Januar 1906, Entsch. 62 S. 286.

[2]) Vgl. KG. 28. November 1904, E. f. G. 5 S. 133 (= M. 9 S. 459).

[3]) Vgl. Karlsruhe 23. April 1902, E. f. G. 3 S. 65.

2. Die Verwirkung der elterlichen Gewalt tritt mit dem rechtskräftigen Urteil von selbst ein (§ 1680). Was also später der Vater in seiner Gewaltherrschaft tut, ist unwirksam, vorbehaltlich des guten Glaubens Dritter, denn das Prinzip des § 1682 ist auch auf diesen Fall zu beziehen. Für den Dritten gilt dann eine doppelte Rechtsordnung. Eine Änderung des Strafurteils kraft Wiederaufnahme des Verfahrens enthält eine Zurücknahme der Verwirkungserklärung und stellt daher für die Zukunft die elterliche Gewalt wieder her, ohne aber die Wirkung der Zwischenzeit zu heben; die bisherige Vormundschaftstätigkeit bleibt wirksam, sie steht unter dem Schutz der §§ 32 und 55 GfG. Die Obervormundschaft ist nach § 50 GfG. von allen diesen Vorgängen zu benachrichtigen.

4. Hinderung, Beruhen, Schmälerung.

§ 108.

I. Der Elternteil kann tatsächlich verhindert sein; in diesem Falle hat die Obervormundschaft, falls nötig, die einstweiligen Vorkehrungen zu treffen (§ 1665).

II. 1. Die Gewalt des Elternteils kann ruhen, d. h. es kann ihr ein Hemmnis entgegenstehen, kraft dessen sie tatsächlich nicht ausgeübt werden soll und rechtlich nicht wirkungsvoll ausgeübt werden kann; weshalb die Rechtshandlungen, welche auf diesem Gebiete vollzogen werden, wirkungslos sind. „Ruhen" ist also nicht gleich der tatsächlichen Hinderung der Ausübung: das tatsächliche Hindernis kann nur ein Grund für das Ruhen sein.

2. Für den Eintritt des Ruhens muß eine feste Grenze gelten:

a) Der Geschäftsbeschränkte tritt von selbst in das Stadium des Ruhens, doch behält er noch eine nebensächliche Betätigung in Angelegenheiten der Personengewalt, allein die Betätigung ist in das beratende Stadium getreten: bei Meinungsverschiedenheit geht die Stimme des Vormundes vor (§ 1676). So bei der Geschäftsbeschränkung wegen Entmündigung. Die Mutter kann auch wegen Minderjährigkeit geschäftsbeschränkt sein: hier hat die Frau in der Personengewalt zwar keine Vertretungsstellung, aber eine bestimmende tatsächliche Gewalt, hinter der der Vormund zurücktritt

(§ 1696); denn die Tätigkeit eines urteilsfähigen Minderjährigen und die eines Entmündigten ist sehr verschieden zu bewerten.

b) Bei einer tatsächlichen Hinderung hat die Obervormundschaft festzustellen, ob eine länger andauernde Hemmung anzunehmen ist, und ist dies der Fall, so hat sie durch Beschluß das Ruhen der Vormundschaft zu erklären. Das Ruhen tritt hier kraft des obervormundschaftlichen Beschlusses ein (§ 1677). Hierdurch wird der Träger der elterlichen Gewalt in seiner Rechtsmacht heruntergesetzt, seine Rechtshandlungen sind wirkungslos, und auch in bezug auf die tatsächliche Gewalt steht sein Wille hinter dem Willen des Vormundes oder Pflegers zurück. Die Verfügung gilt, wenn die Mutter in die Gewalt eintritt, mit Bekanntmachung an die Mutter, wenn ein Vormund eintritt, mit Bestellung des Vormundes (§ 51 GfG.).

3. Bei dem Beruhen ist das (freie) Vermögen herauszugeben (§ 1681); die Verwaltung des Nutznießungsvermögens wird insoweit beschränkt, als nötig, um den Unterhalt des Kindes zu erlangen (§ 1656); eine Nutznießungsauseinandersetzung findet noch nicht statt (§ 1657). In einem Fall kann die Nutznießung dem Elternteil entzogen werden (§§ 1678, 1695).

4. Das Ruhen hört auf kraft einer entgegengesetzten Feststellung der Obervormundschaft, diese tritt ins Leben mit Bekanntmachung an den Elternteil; der etwa ernannte Vormund wird seiner Stelle enthoben (§ 51 GfG.).

III. Über Entziehung der Vermögensverwaltung vgl. S. 463, 466, 474.

III. Titel.

Vormundschaft und Pflegschaft.

A. Vormundschaft.

I. Kapitel.

Typus der Vormundschaft. Minderjährigkeitsvormundschaft.

I. Allgemeines.

§ 109.

I. Die Gewalthaberschaft über den Minderjährigen war früher ein und dasselbe Institut. Die Familie trat ein, die nähere wie die fernere; denn ihre Aufgabe war es, dafür zu

sorgen, daß keines ihrer Mitglieder der nötigen Pflege und Erziehung entbehrte: die Not und Unbildung eines Mitgliedes war die Not und Unbildung der Familie. Dies galt so lange, als die Vermögenseinheit der Familie bestand; aber selbst als das Familienvermögen sich zersplitterte, blieb ein gewisser Zusammenhalt übrig. Der Erwerb des Minderjährigen kam der Familie zu, später den nächsten Familiengenossen, und diese hatten dann auf ihre Kosten den Mündel zu unterhalten und fortzubilden.

II. Eine solche Gestaltung der Sache konnte sich heutzutage nur noch in der engeren Familie erhalten: die väterliche und jetzt die elterliche Gewalt ist ihre Ausläuferin. Im übrigen konnte die Familie nach ihrer Zerspaltung diese Aufgabe nicht mehr im bisherigen Maße erfüllen. An Stelle dessen übernahm der König den Schutz der Schwachen und Ungereiften, allerdings vielfach unter Mittätigkeit nächster Angehöriger. Damit fiel auch das Erwerbsrecht des Mundwalts weg; der Mundwalt, der jetzt für den Mündel zu sorgen hatte, war ein Fremder, und ein Erwerb aus des Mündels Vermögen zu seinen Gunsten entbehrte der familienrechtlichen Grundlage. Der Vormund übte nicht mehr eine Familienfunktion aus, sondern ein öffentliches Staatsamt. So entstand, im Gegensatz zu der elterlichen Gewalt, die Vormundschaft, die vollständig von der Vermögensnutznießung absieht: die Tutel hörte auf, eine *tutela fructuaria* zu sein, die Vermögensnutznießung blieb nur als *ususfructus paternus* oder *parentalis* bestehen.

III. Die elterliche Gewalt schließt auf ihrem Gebiete die Vormundschaft aus: die Vormundschaft ist ein Aushilfsmittel der Not, die Familienpflege das wünschenswerte. Sie fehlt, wenn es an Eltern fehlt; sie fehlt, wenn die Eltern unbekannt sind (§ 1773 BGB.); sie fehlt, wenn und soweit die Eltern die elterliche Gewalt verloren oder ihre Ausübung eingebüßt haben.

Nötigenfalls kann den Eltern ein Pfleger zugewiesen werden, um die Vormundschaft zu vermeiden (§ 1909 BGB.); denn zur Vormundschaft soll man nur schreiten, wenn den Eltern in der Hauptsache die Gewalt entzogen ist, und zwar die Gewalt über die Person wie über das Vermögen, so daß

sie weder nach der einen noch nach der anderen Seite hin in der Vertretungslage sind. Steht ihnen die Vertretungslage auch nur nach der einen Seite zu, so kommt es zur Bestellung eines Pflegers, und im übrigen wird die elterliche Gewalt gewahrt.

IV. Regelmäßig wird nur ein Vormund für einen Mündel, ja regelmäßig nur ein Vormund für die Mündel einer Familie (Geschwister, Geschwisterenkel) bestellt. Die Einheit des Hauses soll nicht gebrochen werden (§ 1775 BGB.). Nur besondere Verwicklungen und Verschiedenheiten in ihrer Betätigung, namentlich bei entlegenerem Vermögen, können eine Mehrheit von Vormündern rechtfertigen. Dann handeln die Vormünder entweder genossenschaftlich zusammen oder sie handeln nach bestimmter Abteilung getrennt, welche Abteilung gewöhnlich eine örtliche sein wird; aber auch eine qualitative Trennung ist zulässig, insbesondere wenn der eine Vormund Personen-, der andere Vermögensvormund wird. Bei Verschiedenheit der Meinungen mehrerer Vormünder entscheidet, wenn die Vormundschaft gemeinschaftlich geführt wird, die Obervormundschaft; dies auch bei getrennter Vormundschaft, wenn die mehreren Zweige einander begegnen, wie z. B. Vermögens- und Personenvormundschaft (§§ 1797, 1798 BGB.). Testamentarische Bestimmungen der Eltern in diesem Punkte sind möglichst zu wahren. Mit einem Mitvormund zu wirken, braucht sich aber kein Vormund gefallen zu lassen (§§ 1778, 1786).

V. Das Staatsamt des Vormundes ist nicht ein Amt des öffentlichen Rechts, sondern ein auf öffentlicher Übertragung beruhender Inbegriff privatrechtlicher Personen- und Vermögensbefugnisse.

Der Vormund ist nicht Staatsbeamter, aber er ist betraut mit einem öffentlich-rechtlichen Pflichtenkreis, welcher ihm die privatrechtliche Personenrechtsmacht über den Mündel gibt, eine Personenmacht, welche sich im Leben des Rechtes zur Stellvertretung verdichtet. Daraus ergibt sich:

1. Er steht nicht unter dem Beamtengesetze, er steht namentlich nicht unter der Beamtendisziplin.

2. Als öffentlicher Gewaltträger steht er unter einer eigenartigen Disziplin der Obervormundschaft, welche sich ins-

besondere in Ordnungsstrafen (bis zu 300 M.) äußert (§ 1837). Die Disziplin wird nach den Regeln der freiwilligen Gerichtsbarkeit geübt. Dementsprechend hat der Vormund auch der Obervormundschaft jederzeit die erforderliche Auskunft zu geben, er hat regelmäßig Jahresrechnung abzulegen, die dann von dem Gegenvormund mitgeprüft wird (§§ 1840f.). Die Rechnungslegung hat die Bedeutung einer disziplinären Rechtfertigung.

Bei alledem hat der Vormund zwar in der Rechnungslegung die Materialien zusammenzustellen, aus der die Art seiner Funktion beurteilt werden kann, aber er hat nicht den Beweis der guten Funktion zu führen, vielmehr ist ihm eine etwaige Pflichtwidrigkeit oder Fahrlässigkeit nachzuweisen[1]).

3. Die Stellung zum Mündel ist nicht die Stellung eines Mandatars zum Mandanten, sondern die Stellung eines öffentlichen Gewaltträgers, welcher in Angelegenheiten eines ihm Untergebenen tätig ist. Daraus ergibt sich auch, daß beim Tode des Vormundes der Erbe zwar Anzeige erstatten muß, nicht aber in die Stellung einzutreten hat, um die laufenden Geschäfte weiterzuführen; dafür hat vielmehr die Obervormundschaft zu sorgen (§ 1894). Daraus ergibt sich ferner, daß der Vormund oder Pfleger, auch wenn er seinerzeit verpflichtet ist, das Vermögen an den Mündel herauszugeben, kein Drittschuldner in dem Sinne ist, daß der Rückgabeanspruch gepfändet werden dürfte[2]).

Trotzdem kommt zur Geltung, daß der Vormund, wenn er auch ein öffentlicher Gewaltträger ist, doch im Interesse des Mündels handelt, was in folgendem zutage tritt:

a) Es bestehen ähnliche Ausgleichspflichten wie zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten; hat der Vormund widerrechtlich Gelder des Mündels für sich verwendet, so hat er gesetzliche Zinsen zu zahlen (§§ 1834, 668); macht der Vormund Auslagen, so sind sie ihm zu vergüten; solche liegen auch vor, wenn er dem Mündel technische Dienste leistet, die

---

[1]) RG. 9. Oktober 1911, JW. 40 S. 984.

[2]) Diese Frage ist bei dem Abwesenheitspfleger aufgetaucht, Bayer. Z. f. Rechtspfl. 10 S. 340.

zu seinem Beruf oder Gewerbe gehören, z. B. wenn er für ihn als Anwalt tätig ist (§ 1835)[1].

b) Wenn ein volljährig gewordener Mündel dem Vormund ohne Rechnungsablegung Entlastung erteilt und sich mit seiner Verwaltung zufrieden erklärt, so behält es dabei sein Bewenden.

4. Die Vormundschaftsstellung zum Publikum beruht nicht auf einer privatrechtlichen Vollmacht, sondern auf amtlichem Rechte. Daher findet der § 174 BGB. darauf keine Anwendung, und wenn der Vormund eine einseitige Rechtshandlung vornimmt, so kann der andere Teil die Rechtshandlung nicht deswegen ablehnen, weil der Vormund seine Bestallung nicht vorlegt[2]. Anders im Fall von § 1831, 1832.

5. Der Vormund ist nicht wie der Parens ein Familienhaupt, sondern ein staatlicher Gewaltträger; er haftet daher nicht wie im römischen Rechte bloß für culpa in concreto, sondern für omnis culpa (§ 1833 BGB.), und die Haftung mehrerer ist eine Gesamthaftung. Der Vormund muß in jedem Augenblick seiner vormundschaftlichen Verwaltung wissen, daß er sich nicht im Bereich der eigenen Familie, sondern auf fremdem Boden bewegt; er darf beispielsweise, wenn er selber urteilen kann, sich nicht bei einer öffentlichen Abschätzung beruhigen, deren Unrichtigkeit ihm bei gewissenhafter Prüfung aufgefallen wäre[3]. Jedoch ist nicht zu vergessen, daß

a) bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit auf die in derartigen Kreisen übliche Denk- und Handlungsweise Rücksicht genommen werden muß; man darf nicht mit dem Maße messen, mit dem man einen Beamten beurteilt;

b) wenn auch der Vormund nicht mehr ein Organ der Familie ist, so darf doch der familienrechtliche Unterbau des Instituts nicht völlig verkannt werden. Der Vormund soll dem Kinde ein zweiter Vater sein, und wenn er auch öffentlicher Gewaltträger ist, so darf diese natürliche Anschauung nicht völlig verschwinden, schon darum nicht, weil sie ein

---

[1]) KG. 18. April 1913, Joh. 45 A Nr. 12.

[2]) RG. 12. Dezember 1910, Entsch. 74 S. 263.

[3]) RG. 4. Mai 1910, JW. 39 S. 708.

bildendes Moment ist, das der Vormundschaft einen ethisch gemütvollen Anstrich verleiht. Es ist darum vollkommen verfehlt, wenn man den Vormund im Falle bloßer Fahrlässigkeit nicht mit Milde und Schonung behandelt[1]). Torheiten und Versehen sind noch keine Pflichtwidrigkeiten. Und wenn immer der Mündel im Hause des Vormundes aufwächst, kann man, was die Personenpflege betrifft, nicht erwarten, daß er auf das Ziehkind mehr Sorgfalt verwendet als auf die eigenen.

VI. 1. Im Verhältnis zur Obervormundschaft ist zu bemerken: der Vormund ist nicht bloßer Handlanger des Gerichts; er hat im allgemeinen nach eigenem Ermessen zu handeln; wenn eine Mehrheit möglicher Alternativen vorliegt, so darf die Obervormundschaft ihm nicht ihren Willen aufdrängen[2]); nur dann hat diese entscheidend einzuwirken, wenn es sich nicht um mehr oder minder gleichwertige Alternativen handelt, sondern bei der einen oder anderen Wahl das Interesse des Mündels als wesentlich gefährdet erscheint, so z. B. wenn ein Erziehungsaufwand verschwenderisch ist und den Vermögenslagen der Gegenwart und den Aussichten der Zukunft widerspricht[3]), oder wenn die Erziehungsinteressen des Kindes es verlangen, daß das Kind in eine Familie oder in eine Anstalt verbracht wird (§ 1838 BGB.). Sollte der Vormund starrköpfig sein, so wird die Obervormundschaft besser daran tun, den Vormund zu entlassen und einen anderen Vormund zu ernennen, als den Versuch zu machen, durch Strafen seinen Eigensinn zu brechen[4]). Vgl. S. 506.

2. Die Ordnungsstrafen des § 1837 sind Beugungsstrafen, nicht vindikative Strafen; sie finden daher nicht mehr statt, wenn die Vormundschaft aufhört und der Vormund nichts mehr zu leisten hat[5]); anders wenn dem ehemaligen Vormund noch die Rechnungsstellung obliegt.

---

[1]) Vgl. RG. 7. Oktober 1911, JW. 40 S. 1016, und 9. Oktober 1911, ibid. S. 984.

[2]) Vgl. KG. 12. Dezember 1904, E. f. G. 5 S. 136.

[3]) KG. 26. November 1900, E. f. G. 1 S. 178.

[4]) KG. 9. Februar 1905, E. f. G. 5 S. 219.

[5]) Colmar 25. Mai 1910, M. 21 S. 291.

VII. Die Vormundschaft über Entmündigte folgt in der Hauptsache der Minderjährigkeitsvormundschaft; sofern die Eigenart des Falles Besonderheiten bedingt, wird hiervon später die Rede sein. Vgl. unten S. 507.

VIII. 1. Die Vormundschaft in der altväterlichen Weise, wie sie hier geschildert wurde, ist nur als Verwandtschaftsvormundschaft und als Vormundschaft besonders befreundeter Personen, die sich speziell erbieten, und außerdem noch als Vormundschaft in kleinen Verhältnissen angezeigt, wo alles einander kennt und die Interessen zusammenhängen. In Großstädten ist diese ganze Art der Vormundschaft am falschen Ort. Der Vormund kennt seinen Mündel nicht, hat an ihm kein Interesse, ist ein vielbeschäftigter Mann und soll prinzipiell ohne Entgelt eine ständige verantwortliche Last auf sich nehmen; denn wenn auch eine Vergütung gewährt werden kann (§ 1836), so ist dies doch nur fakultativ, und sie ist ganz ausgeschlossen, wenn die Vermögensverhältnisse des Mündels schlecht sind, in welchem Falle der Vormund vielleicht die größte Mühe hat, den Unterhalt des Kindes zusammenzubringen, und für alle seine Mühe den Undank der Welt erntet. Und daß, wenn jemand eine Mehrheit von Vormundschaften hat, die eine Vormundschaft vielleicht vergüten könnte, was die andere an Schädigung bringt, ist meist ausgeschlossen, da wenig Leute sich zu einer Mehrheit von Vormundschaften drängen.

2. Das Schweizer Zivilgesetzbuch §§ 416, 415 hat die Schwierigkeit durch die Bestimmungen zu überwinden gesucht:

a) daß die Honorierung des Vormundes die Regel bildet,

b) daß die Vormundschaftspflicht des Vormundes nur zwei, höchstens vier Jahre dauert.

Aber auch damit ist für größere Verhältnisse nichts Praktisches geschaffen.

3. Das richtige ist vielmehr, daß die Berufsvormundschaft als bezahltes Gemeindeamt eingeführt wird; der eine Berufsvormund kann dann eine große Reihe von Vormundschaften übernehmen, indem er eine Anzahl von Pflegern und Beiständen zur Seite hat, während er als geschäftskundiger Mann die Hauptrichtlinien über die Vermögensverwaltung

gibt und für eine pünktliche Kassenführung sorgt. Er kann dabei das eine in das andere rechnen, die Gelegenheit benutzen, um für den einen Mündel besser in dieser, für den anderen besser in jener Weise tätig zu sein, und kann auf diesem Wege kraft der Wohltat der Organisation zehnmal mehr leisten als die einzelnen Vormünder in ihrer verzettelten und halb und halb widerwilligen Tätigkeit.

Die modernen Gesetze haben es wenig verstanden, diese neuen Verhältnisse zu berücksichtigen und die großen Züge der Gegenwart zu beachten. Sie haben die Vormundschaft behandelt, als ob wir noch eine Reihe kleiner Bauern- und Handwerkergemeinden hätten, wo einer dem anderen in das Fenster sieht und jeder die volle Chronik der Nachbarschaft kennt. Die Großstadtluft fehlt unseren Gesetzen, auch dem Schweizerischen, vollständig.

Eine Art von Berufsvormundschaft findet sich allerdings in einigen Landesgesetzen kraft der Ermächtigung des a. 136 BGB.; so beispielsweise nach PreußAG. a. 78 § 4 die Vormundschaft des Anstaltsvorstandes und die Vormundschaft des Armenpflegers, nicht nur für Anstaltszöglinge, sondern auch für solche, die einer Familienerziehung überlassen sind, und diese Vormünder können als befreite Vormünder ohne Gegenvormundschaft funktionieren: denn bei der Berufsvormundschaft wird zwar eine Berufskontrolle eintreten müssen, ein Institut wie die Gegenvormundschaft hat aber hier keine Stelle. Damit ist ein Anfang gemacht, von dem aus sich die weitere Berufsvormundschaft entwickeln kann.

4. Bei der Berufsvormundschaft ist wie bei jeder sozialen Tätigkeit die freiwillige Vereinstätigkeit nicht zu entbehren. Es ist auch hier notwendig, daß sich soziale Verbände bilden, ihre Hilfsleute aussenden und überall dafür sorgen, daß jedem Kinde das seinige wird. Auch hier handelt es sich darum, daß Personen sich völlig diesem Amte widmen und nicht etwa neben ihrer Berufstätigkeit noch nebenbei in der einen oder anderen Weise wirken.

In Berlin haben sich in der letzten Zeit konfessionelle Verbände (die katholische Caritas und der protestantische Kinderrettungsverein) der Mündel angenommen und eine Art von Berufsvormundschaft eingerichtet. Später hat Berlin

(schon früher Charlottenburg) Berufsvormünder aufgestellt, allerdings unter mancher Gegnerschaft von konfessioneller Seite.

Die Weiterbildung hat mit der Entwicklung der Jugendfürsorge Hand in Hand zu gehen.

II. Organe.

1. Vormund, Mitvormund.

§ 110.

I. Wir haben einstweilen noch die vereinzelte Dilettantenvormundschaft, die sich nur dann rechtfertigt, wenn der Vormund aus der Familie hervorgeht und zum Kind im Familieninteresse steht. Wir haben daher an frühere Rechte angeknüpft, hierbei allerdings den Schritt gemacht, den Vormund zum staatlichen Gewaltträger zu gestalten.

Das frühere Recht, das die Vormundschaft von der Familie ableitete, kannte eine gesetzliche und eine testamentarische Vormundschaft, ja in den ursprünglichen Zeiten war dies die Regel und der staatlich aufgestellte Vormund trat nur ergänzend hinzu.

Heutzutage dagegen ist der Vormund, abgesehen von der Anstaltsvormundschaft, stets ein durch staatliche Bestellung der Obervormundschaft gestützter Gewaltträger; es gibt keinen tutor legitimus oder testamentarius im alten Sinne mehr: niemals tritt ein Verwandter oder ein testamentarischer Vertrauensmann von selbst ins Amt.

II. Trotz alledem haben wir nicht allen Zusammenhang mit der Familie aufgegeben, indem

1. gewisse Verwandte ernannt werden sollen und nur aus triftigen Gründen umgangen werden dürfen (§ 1776 BGB.),

2. die testamentarische Ernennung eines Vormundes in der Art maßgebend sein soll, daß ihr nur im Notfall entgegenzuhandeln ist (§§ 1777, 1778 BGB.): und eine solche testamentarische Ernennung kann nicht nur bestimmend sein für die Person des Vormundes, sondern auch teilweise für die Art und Weise seines vormundschaftlichen Tuns (§§ 1777, 1797, 1852 BGB.), sie kann auch negativ wirken, indem das Testament eine bestimmte Person als Vormund ablehnt, in

welchem Falle diese Person nicht ernannt werden soll (§ 1782). Endlich kann

3. eine testamentarische Bestimmung entscheidend sein für die Art der Obervormundschaft (Familienrat statt Vormundschaftsgericht).

III. Was die Bestimmungen zu 1 und 2 betrifft, so gilt folgendes:

1. Die hier bezeichnete Vorzugsstellung haben die Großväter des Mündels, und zwar zuerst der väterliche, dann der mütterliche (§§ 1776, 1778).

2. Der Vorschlag eines Vormundes im Testament kann durch jeden Elternteil erfolgen, der zur Zeit seines Todes die elterliche Gewalt in vollem Maße innehat. Wenn auf solche Weise Vater und Mutter in ihren Testamenten je einen Vormund bezeichnet haben, geht der vom Vater bezeichnete vor, auch dann, wenn der Vater eher als die Mutter gestorben ist (§§ 1776, 1777 BGB.)!

Die Vormundschaftskandidaten zu 1 und 2, von denen die testamentarischen den gesetzlichen vorgehen, haben zwar kein Recht, Vormünder zu sein, aber sie haben ein Persönlichkeitsrecht, zu verlangen, daß sie nur aus genügenden Gründen übergangen werden sollen (§ 1778 BGB.); dieses Recht zeigt sich darin, daß sie im Fall des Übergehens die sofortige Beschwerde haben (§ 60 Z. 1 GfG.). Ein solches Übergehen ist nicht erst dann vorhanden, wenn ein anderer Vormund ernannt wurde, sondern schon dann, wenn der Antrag des Kandidaten auf Bestellung abgelehnt ist: schon dann hat er die sofortige Beschwerde[1]).

IV. Daneben besteht noch die Bestimmung, daß für die Ehefrau der Ehemann und für das uneheliche Kind die Mutter ohne weiteres den Großeltern vorgezogen werden kann; doch haben diese Personen kein Persönlichkeitsrecht auf eine solche Vorzugsstellung und daher auch keine Beschwerdebefugnis[2]) (§ 1778).

V. Außerdem gilt der Satz, daß die Obervormundschaft auf Verwandtschaft und Schwägerschaft besonders Rücksicht nehmen soll (§ 1779); allein auch dies gilt nicht in dem

---

[1]) KG. 31. Oktober 1904, E. f. G. 5 S. 130.

[2]) RG. 15. November 1906, E. f. G. 8 S. 3.

Sinne, daß solche Verwandte oder Verschwägerte Vormundschaftskandidaten mit Persönlichkeitsrecht wären; auch hier ist von einem Beschwerderecht keine Rede[1]).

VI. Diese ganze Gestaltungsweise ist sachwidrig und verkehrt. Man hat noch etwas von dem alten Familienrecht beibehalten wollen und ihm doch keine entscheidende Bedeutung zu geben gewagt. Wenn es nur auf die Tauglichkeit ankommt, so muß billig gefragt werden: Sind die Großväter wirklich die Tauglichsten? Soll die Obervormundschaft wirklich eine besondere Rechtfertigung aufsetzen, wenn sie einen anderen Verwandten für tauglicher hält? Und soll der väterliche Testamentsvorschlag wirklich besser sein als der vielleicht spätere und den Umständen angemessenere mütterliche? Genügt es denn nicht, wenn man es dem Ermessen der Obervormundschaft überläßt, einfach die Familie als ein bedeutsames Element in der Vormundschaft zu berücksichtigen? Viel besser das Schweizer ZGB. a. 380, 381:

„Sprechen keine wichtigen Gründe dagegen, so hat die Behörde einem tauglichen nahen Verwandten oder dem Ehegatten des zu Bevormundenden bei der Wahl den Vorzug zu geben, unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der Nähe des Wohnsitzes.“

„Hat die zu bevormundende Person oder deren Vater oder Mutter jemand als den Vormund ihres Vertrauens bezeichnet, so soll dieser Bezeichnung, wenn nicht wichtige Gründe dagegen sprechen, Folge geleistet werden.“

VII. Als Vormund kann ein Deutscher oder ein Nichtdeutscher ernannt werden (§ 1785), ein Anwesender oder ein Nichtanwesender, ein Verwandter oder ein Nichtverwandter, ein Mann oder eine Frau (§ 1786), doch bedarf eine Ehefrau der Zustimmung des Ehemannes, welche Zustimmung jederzeit zurückgenommen werden kann: in diesem Falle ist die Frau der Stellung zu entheben (§§ 1783, 1887). Auch Staatsbeamte können ernannt werden, vorausgesetzt, daß die vorgesetzte Behörde die etwa landesgesetzlich erforderliche Ermächtigung gibt (§ 1784). Vormund kann aber immer nur eine leibliche Person sein, keine juristische Person, auch nur eine bestimmte leibliche Persönlichkeit: es ist unzulässig, etwa zu sagen, daß der jeweilige Bürgermeister oder der jeweilige

[1]) RG. 15. November 1906, Entsch. 64 S. 288.

Inhaber einer Firma Vormund sein soll, oder eine Person, welche von diesen zu bezeichnen ist.

Als unfähig ausgeschlossen ist der Geschäftsunfähige und Entmündigte; unfähig ist dagegen nicht der Minderjährige, der über sieben Jahre alt ist(!), unfähig ist nicht der in Konkurs Befindliche. Solche Personen sollen allerdings nicht ernannt werden, aber wenn sie trotzdem ernannt sind, dann sind ihre Rechtshandlungen gültig (§§ 1780, 1781). Man wollte damit für etwaige Grenzfälle Vorsorge treffen, z. B. wenn ein noch nicht ganz 21jähriger Vormund ernannt wird; man fürchtete, daß, wenn man eine rechtliche Unfähigkeit annähme, die Gültigkeit aller Akte des Vormundes in Frage gestellt würde. Allein zur Vermeidung solcher Mißverhältnisse gibt es andere Mittel, und es bedürfte daher keiner solchen Unnatur!

VIII. Im gemeinen Rechte wurde vielfach der Testamentsvollstrecker zu gleicher Zeit als Pfleger zur Vertretung der Interessen der minderjährigen Erben aufgestellt. Heutzutage ist der Testamentsvollstrecker Vertreter des Nachlasses, mit der Aufgabe, ihn im Sinne des Erblassers zu verwenden. Ihn auch als Vormund zu bestellen, ist nicht ausgeschlossen, indem dann beide Funktionen selbständig nebeneinander stehen, allein es ist nicht empfehlenswert; denn hier können leicht Kollisionen mit den Interessen der Kinder vorkommen, so insbesondere, wenn diesen Vermächtnisse an Dritte auferlegt sind, für deren Zahlung der Testamentsvollstrecker zu sorgen hätte, so daß häufig die Ernennung von Pflegern nötig wäre[1]).

IX. 1. Der Inländer ist verpflichtet zur Vormundschaftsannahme; hat er angenommen, so ist er verpflichtet, Vormund zu sein (§ 1785).

2. Die Pflicht zur Annahme hat eine doppelte Sanktion:

a) Der zur Vormundschaft Ernannte wird dem Mündel durch Nichtannahme verantwortlich, falls infolge der hierdurch veranlaßten Verzögerung Schäden entstehen (§ 1787).

b) Die Nichtannahme führt zur Beugungsstrafe: mit drei Beugungsbußen bis zu 300 M. kann von Woche zu Woche

---

[1]) KG. 16. April 1909, E. f. G. 10 S. 102.

dreimal gegen ihn vorgegangen werden; wird er hierdurch nicht gebeugt, so zahlt er die Strafe, wird aber von der Vormundschaft frei, da es kein weiteres Zwangsmittel gibt (§§ 1787, 1788). Dies ist gerechtfertigt. Das Institut des Vormundschaftsdilettantismus hat sich überhaupt überlebt und enthält, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, zumeist eine nicht nur unangenehme, sondern auch unangemessene Belastung.

3. Die nach der Vormundschaftsannahme eingetretene Pflicht, Vormund zu sein, hat zur Sanktion

a) eine volle Entschädigungspflicht, falls durch Nichthandeln Schäden entstehen,

b) Disziplinarstrafen bis zu je 300 M. für jeweilige Nichtbefolgung der obervormundschaftlichen Anordnungen (§ 1837).

4. Der Ausländer ist nicht verpflichtet zur Annahme; hat er aber angenommen, so ist er gleich dem Inländer verpflichtet, Vormund zu sein: er hat eine öffentliche Pflichtstellung übernommen und kann sich nicht beliebig davon loslösen[1]).

5. Die Annahme der Vormundschaft kann der Vormund aus gewichtigen Gründen ablehnen, was das gemeine Recht *excusatio* nannte. Die Frau kann sie ablehnen, der 60jährige, der Gebrechliche, der Entferntwohnende, der Kindergesegnete (wer vier minderjährige Kinder hat, wobei die adoptierten nicht zählen), jeder, welcher bereits zwei Vormundschaften führt, und jeder, welcher in der Notwendigkeit wäre, Sicherheit zu leisten und damit sein Vermögen zu belasten (§ 1786). Jeder Vormund kann sich einen Mitvormund verbitten und entsprechendenfalls ablehnen (§§ 1778, 1786). Vgl. S. 480.

Die *excusatio* ist vor der Vormundschaftsannahme geltend zu machen; gegen die Verwerfung gilt sofortige Beschwerde (§ 60 Z. 2); der Vormundschaftsrichter ist an seine Entscheidung gebunden (§§ 18 und 29 GfG.).

6. Die Annahme der Vormundschaft erfolgt durch Treuversprechen an Eides Statt (§ 1789). Doch ist dies nicht wesentlich: diese Form wird ersetzt durch die öffentliche

---

[1]) KG. 12. März 1909, E. f. G. 10 S. 99.

Führung der Vormundschaft: die Vormundschaftsakte sind nicht etwa deswegen nichtig, weil das Treuversprechen fehlt.

7. Der Vormund erhält als Legitimation seine Bestallung (§ 1791), welche die für die Rechtshandlungen des Vormunds maßgebenden Umstände, insbesondere auch die Bezeichnung des Gegenvormunds und des etwaigen Mitvormunds und die Geschäftsverteilung bei der Mitvormundschaft zu enthalten hat; ebenso auch, wenn die Vormundschaft eine befreite ist, die Befreiungsklausel[1]).

X. Das Vormundschaftsverhältnis kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit hin begründet werden, z. B. auf so lange, bis der Elternteil wieder zur Führung fähig ist oder der vom Vater ernannte Vormund eintreten kann, oder auf so lange, bis in der Person des Vormundes ein Ereignis eintritt, welches ihn an der Weiterführung hindert (§§ 1790, 1778). Die bestimmte oder unbestimmte Zeitangabe wirkt aber nicht auflösend, so daß in dem betreffenden Augenblick der Vormund aufhört, Vormund zu sein; sie rechtfertigt und motiviert nur eine Enthebung durch die Obervormundschaft: die Ernennung an sich ist unbedingt und unbeschränkt. Das Gegenteil würde eine bedauerliche Unsicherheit im Verkehr mit Dritten herbeiführen.

Der Vormund kann sich eines Dritten als Gehilfen bedienen; tut er es, so ist er für diesen Dritten haftbar; hiervon ist aber wohl der Fall zu unterscheiden, wo er als Vormund selbst handelt und als solcher für Tätigkeiten außerhalb des Vormundschaftsbereiches Dienst- oder Werkverträge abschließt: dann ist er für diesen Werk- oder Dienstverpflichteten nur soweit haftbar, als ihm bei Abschluß des Vertrages, bei der Auswahl oder bei der Instruktion ein Verschulden zur Last fällt[2]).

XI. Ein von der Obervormundschaft bestellter Vormund handelt gegenüber allen gutgläubigen Dritten mit voller Wirksamkeit, auch wenn die Bestallung aus irgendeinem

---

[1]) KG. 4. Juli 1913, Joh. 45 A Nr. 15. Angabe der Aufstellung eines Familienrates (§ 1791)! Darüber s. unten S. 496.

[2]) Vgl. Enzyklopädie II S. 166 und RG. 1. Mai 1911, Entsch. 76 S. 185.

Grunde ungültig wäre (§ 32 GfG.); natürlich ist in diesem Falle die Bestallung zurückzunehmen, aber diese Zurücknahme hat keine rückwirkende Kraft (§ 55 GfG.).

XII. Wie oben bemerkt, kann eine Mehrheit von Vormündern bestellt werden, allein es ist eine Ausnahme und soll eine Ausnahme sein: die Vormundschaftsführung soll so sehr aus einem Guß erfolgen und von einer Persönlichkeit geleitet werden, daß das Hineinwirken mehrerer die ganze Sache zerstückelt und schädigt. Bei sehr ausgedehnten Vermögensverwaltungen ist sie allerdings nicht immer zu umgehen (§ 1775). Dabei ist eine getrennte Führung möglich, möglich aber auch ein Zusammenwirken der mehreren. Vgl. oben S. 480.

2. Gegenvormund.

§ 111.

I. Neben dem Vormund kann ein Gegenvormund bestellt werden. Dieser ist zunächst allgemeiner Aufsichtsvormund (§ 1799), weshalb ihm über alle Angelegenheiten Auskunft zu geben ist; er ist außerdem spezieller Kontrollvormund, indem er zu gewissen Rechtshandlungen seine Genehmigung zu geben hat.

II. Sind mehrere Vormünder vorhanden, so kann bei getrennter Vormundschaftstätigkeit der eine zugleich Gegenvormund des anderen sein (§ 1792 BGB.).

III. Obgleich der Gegenvormund auch in Angelegenheiten der Personenfürsorge eintreten kann, so liegt doch seine Hauptaufgabe auf dem Gebiete der Vermögensverwaltung; daher der Satz: es *kann* nicht nur, sondern es *soll* ein Gegenvormund dann bestellt werden, wenn eine erhebliche Vermögensverwaltung vorliegt und nicht schon durch eine Mehrheit von gemeinschaftlich handelnden Vormündern die Willkür des Einzelhandelnden beschränkt ist (§ 1792).

IV. Die Bestellung des Gegenvormundes schafft eine Kontrolle, welche zugleich eine Erleichterung für die Verwaltung bietet, da in einer Reihe von Angelegenheiten, wo sonst die Obervormundschaft anzurufen wäre, die Ge-

nehmigung des Gegenvormundes genügt (§§ 1809, 1910, 1812 BGB.).

Nur bei der befreiten Vormundschaft kann von beidem abgesehen werden.

V. Die Genehmigung des Gegenvormundes ist eine Genehmigung im gleichen Sinne wie eine Genehmigung der Obervormundschaft; sie erfolgt vor- oder nachher wie diese, sie ist dem Vormund gegenüber zu äußern, und es gilt, was die einseitigen Geschäfte, was die Vertragsverhältnisse, was die Rechtslage des Geschäftsgegners betrifft, ganz dasselbe wie von der obervormundschaftlichen Genehmigung (§ 1832).

VI. Da der Gegenvormund nur eine beihelfende Stellung hat, so ist ihm ein Beschwerderecht nur in den Fällen gegeben, wo er nicht bloß mit einer Handlungsweise, sondern mit der Persönlichkeit des Vormundes selbst in schroffen Gegensatz tritt; dann nämlich, wenn er die Entlassung oder Zurechtweisung des Vormundes will oder wenn er gegen die Vergütung, welche der Vormund erhalten soll, Einwendungen erhebt (§ 57 Z. 6 und 7 GfG.); denn bei der Vergütung kommt Person und Gesamtwirken des Vormundes in Betracht. Aus dem Grundsatze des § 20 GfG. ist ein weiteres Beschwerderecht nicht abzuleiten, denn der Gegenvormund hat nicht ein Recht darauf, daß seinem Willen entsprochen wird[1]).

VII. Auch der Gegenvormund haftet für omnis culpa; er haftet insbesondere wegen mangelnder Beaufsichtigung: er haftet hierbei als Gesamtschuldner, aber mit Regreß gegen den Vormund, auf dem in erster Linie die Schuld lastet (§ 1833).

VIII. Der Gegenvormund wird, wie der Vormund, von der Obervormundschaft ernannt, wobei die Grundsätze von dem tutor legitimus und testamentarius in gleicher Weise hervortreten (§§ 1792, 1776f.); er wird durch Handschlag an Eides Statt verpflichtet und erhält seine Bestallung (§§ 1792, 1789, 1791). Für die Ernennung mit bestimmter oder unbestimmter Zeitgrenze gelten dieselben Bestimmungen, wie bei der Vormundschaft. Vgl. S. 491.

---

[1]) KG. 16. November 1903, E. f. G. 4 S. 73.

3. Gemeindewaisenrat.

§ 112.

I. Einen Versuch, die Gemeinde für die Vormundschaft zu interessieren und ihre Kräfte für die Zwecke der Vormundschaft zu verwenden, hat man im Gemeindewaisenrat gemacht, einem Institut, das schon früheren Gesetzgebungen bekannt war.

Man hat es unternommen, das Institut landesgesetzlich auszubauen, so z. B. in Preußen nach AG. a. 77; allein es hat bis jetzt keine besonderen Früchte getragen. Schon die Bestimmung, daß das Amt eines Waisenrats ein unentgeltliches Gemeindeamt ist (a. 77), hindert das Institut an der Entwicklung. Insbesondere hat sich der Gemeindewaisenrat in den Städten nicht bewährt: Gemeindewaisenräte kennen das Publikum nicht genügend, um geeignete Personen zum Vorschlag zu bringen, sie haben als unbezahlte Ehrenamtsträger nicht die Zeit, neben ihrer sonstigen Beschäftigung sich der Sache eingehend zu widmen, und die Obervormundschaft hat hier oft eine recht ungenügende Hilfe.

Will man das Institut lebensfähig gestalten, so muß man Leute heranziehen, welche die Waisenpflege zu ihrem Beruf machen, nicht solche, die neben ihren vielseitigen sonstigen Beschäftigungen derartige Dinge im Nebenamt betreiben; sodann muß die freiwillige Sozialpflege hinzukommen. Daß der Frau hierbei eine sehr wesentliche Aufgabe bevorsteht, ist sicher; auch ist es sicher, daß das Institut an die Jugendfürsorge anzulehnen ist. Vgl. a. 77 PreußAG.

II. Der Gemeindewaisenrat, so wie er jetzt bei uns eingesetzt ist (§§ 1849—1851), hat

1. dem Vormundschaftsgericht die nötigen Unterlagen zu geben, insbesondere ihm die Fälle zu bezeichnen, in welchen eine Vormundschaft einzusetzen ist, und die geeigneten Personen vorzuschlagen (§ 49 GfG.); er hat

2. eine Aufsicht über die Vormünder zu führen und nötigenfalls Abhilfe zu beantragen; weshalb ihm die Obervormundschaft jede eingetretene Vormundschaft und jeden Ortswechsel mitzuteilen hat. In allen diesen Dingen hat er nicht nur die nötige Initiative zu ergreifen, sondern auch

dahin zu wirken, daß das Vormundschaftsgericht daraufhin zur Fürsorge des Minderjährigen handelt. Deshalb hat er, wenn etwa die Obervormundschaft keinen Vormund aufstellt oder gegen den ungeeigneten Vormund nicht in der richtigen Weise vorgeht, das Recht der Beschwerde nach Maßgabe des § 20 und § 57 Z. 1 GfG.[1]).

4. Familienrat.

§ 113.

I. Die Obervormundschaft kann, wenn es sich um Vormundschaften (nicht um elterliche Gewalt) handelt, eine besondere Gestaltung annehmen: die Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann sich Laienelemente heranziehen und zum Familienrat werden, bestehend aus dem Amtsrichter und einigen Laien, welche regelmäßig Verwandte oder Verschwägerte des Mündels sein sollen.

II. Der Familienrat ist eine Obervormundschaft ad hoc, eine Obervormundschaft für den einzelnen Mündel und seine Vormundschaft. Für andere Mündel können andere Familienräte gebildet werden. Die Behörde ist daher zwar nicht eine Behörde für den einzelnen Fall, wie das Schwurgericht, aber eine Behörde im Umkreise individueller Interessen.

III. Die Schaffung eines Familienrats soll aus der Initiative der Familie oder der Vormundschaft hervorgehen: die Eltern können testamentarisch die Bildung eines Familienrats anordnen, Verwandte, Verschwägerte, Vormund, Gegenvormund können sie beantragen; im letzten Falle hat das Gericht ein diskretionäres Ermessen, im ersteren Falle hat es die öffentliche Pflicht zur Bestellung, vorausgesetzt, daß entsprechende Personen zu finden sind (§§ 1858, 1859). Die elterliche Bestimmung kann eine aufschiebende oder auflösende Bedingung enthalten (§§ 1858, 1880); das Auflösungsereignis ist dann ein bestimmender Grund, den Familienrat aufzuheben (§§ 1880, 1858).

IV. Der Familienrat soll ein Familienrat sein; die Beisitzer, deren es von 2 bis 6 sein können, sollen regelmäßig

[1]) KG. 9. Juli 1900, E. f. G. 1 S. 87, und 7. November 1913, Joh. 45 A Nr. 7. Vgl. aber auch KG. 14. Mai 1908, M. 18 S. 303.

Verwandte oder Verschwägerte sein, sofern nicht das väterliche oder mütterliche Testament andere Personen (z. B. Freunde) benannt hat (§ 1867). Doch kann ein mit mindestens zwei Beisitzern besetzter Familienrat Ersatzmitglieder ernennen, die nicht der Familie angehören (§§ 1863f.).

V. Die Mitglieder des Familienrats müssen Vormundsqualitäten haben, es gelten für sie ähnliche Kann- und Sollvorschriften (§§ 1865f.). Auch eine Frau kann Beisitzerin sein, der Zustimmung ihres Ehemannes bedarf es nicht.

VI. Für die Beratung und Beschlußfassung gelten die gewöhnlichen Regeln, das Quorum bilden zwei Beisitzer, für die Beschlußfassung gilt Majorität mit etwaiger Stichentscheidung des Vorsitzenden (§ 1874).

VII. Eine Pflicht der Annahme besteht nicht; wer aber das Amt angenommen hat, hat es unter Verantwortung durchzuführen; die Auslagen sind zu vergüten (§§ 1869, 1872, 1877).

VIII. Die Stellung hört durch Entmündigung des Beisitzers von selbst auf, eine Enthebung kann auf Antrag erfolgen; eine Entlassung gegen den Willen kann wegen Unwürdigkeit oder Unfähigkeit geschehen; darüber kann nicht der Amtsrichter entscheiden, der ja mit dem Beisitzer in demselben Range steht, sondern das vorgesetzte Landgericht als Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 1878), gegen dessen Entscheidung die Beschwerde an das Oberlandesgericht möglich ist; eine weitere Beschwerde ist ausgeschlossen (§ 64 GfG.).

IX. Das Institut hat sich nicht bewährt und keine Bedeutung gewonnen; die moderne Familie ist viel zu sehr zersplittert, die Verwandtschaft ist für die Beratung schätzenswert, nicht für die Beschlußfassung. In Berlin findet es sich gar nicht; aber auch die Erwartung, daß es sich in den Rheinlanden, etwa in Erinnerung an das Napoleonische Recht erhalten habe, hat getrügt; auch am Rhein ist es völlig außer Gebrauch; dies wurde mir von Köln bestätigt, wo vor Jahren einmal *ein* Fall aufgetaucht, aber bald verschwunden sei; in Baden, wo früher im Anschluß an den Code Nap. das Institut der Beiräte bestand, ist nach Mitteilung meines Freundes Ober-LG.-Präsidenten Dorner der Familienrat nicht im Ge-

brauch. Und aus der Rheinpfalz berichtet mir mein Schüler Silberschmidt, daß die Einrichtung des Familienrats verschwunden sei: „In den Testamenten wird kein Familienrat bestimmt oder beantragt. Weder ich noch Kollegen, die es wissen müßten, haben Kenntnis von solchen Anträgen. Dieser Familienrat war ein schönes Dekorationsstück; ein tüchtiger, seiner Verantwortung bewußter Richter ist besser."

III. Vormundschaftliche Gewalt.

1. Allgemeines.

§ 114.

I. Hierüber gelten die allgemeinen Gewalthaberbestimmungen, sowohl was das Können, als auch was das Sollen betrifft; sie gelten sowohl für die Personen- als auch für die Vermögensgewalt.

II. Über die Religion hat regelmäßig der Vormund nicht zu entscheiden; das Kind ist in der Religion zu erziehen und weiter zu erziehen, welche durch die Eltern und ihre Religion bestimmt ist, worüber die Landesgesetze Näheres besagen. Bei Findelkindern, deren Eltern unbekannt sind, hat allerdings der Vormund das Bestimmungsrecht[1]).

Die Obervormundschaft kann dem Kinde für die religiöse Erziehung einen besonderen Pfleger bestimmen, wenn der Vormund anderer Konfession ist (§ 1801).

III. Die Obervormundschaft hat begreiflicherweise bei der Vormundschaft viel mehr zu sagen als bei Vater und Mutter. Nicht nur hat sie im allgemeinen ein intensiveres Recht, die Erziehung zu überwachen, als im Falle der elterlichen Gewalt (§ 1838), sondern auch im einzelnen gilt folgendes:

1. Sie hat in wichtigen Personenangelegenheiten, so bei Volljährigkeitserklärung, Ehezustimmung, Entlassung aus dem Staatsverband, Verwandte und Verschwägerte zu hören, um sich in die individuellen Umstände hineinzufinden, die hier von ganz besonderer Bedeutung sind (§ 1847).

2. In einer Reihe von Personenverhältnissen hat sie einzuwirken, wo dies bei der elterlichen Gewalt nicht der Fall ist:

---

[1]) Vgl. Güttler S. 273.

a) Sie kann die Eheeinwilligung des Vormundes ersetzen (§§ 1304 und 1337), was bei dem Elternteil nur in einem besonderen Falle möglich ist (§ 1308).

b) Ihre Genehmigung ist nötig bei dem Ehevertrag des Geschäftsbeschränkten über allgemeine Gütergemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft (§§ 1437 und 1549).

c) Ihre Genehmigung ist nötig zu einer Vereinbarung über die Unterstützung des unehelichen Kindes (§ 1714), zum Erbvertrag (§ 2275), zu seiner Aufhebung (§ 2290) und in entsprechender Weise zu Erbverzicht (§ 2347) und zur Aufhebung des Erbverzichts (§ 2351).

d) Sie ist nötig bei gewissen Geschäften, welche die Person des Mündels ergreifen, so bei einem Lehrvertrag (über ein Jahr), bei Eingehung von Dienstverhältnissen, welche die Person des Mündels über ein Jahr lang binden (§ 1822 Z. 6 und 7 BGB.).

e) Landesgesetzlich ist sie nötig für die Namensänderung des Kindes, während man bei der elterlichen Gewalt darüber hinwegsieht[1]).

IV. Wichtige Sonderbestimmungen aber gelten auch über die Vermögensgewalt:

1. Der Vormund hat stets ein Inventar aufzustellen.

2. Er verfügt nicht so frei wie der Elternteil, denn

a) er unterliegt in gesteigertem Maße der Genehmigung der Obervormundschaft,

b) er unterliegt der Genehmigung des Gegenvormundes.

3. Er unterliegt der Banksperre und dem Hinterlegungszwang.

4. Er unterliegt der Pflicht der Rechnungslegung.

V. Von der Inventarpflicht ist bereits S. 433 f. die Rede gewesen. Von den übrigen Punkten ist nunmehr zu handeln.

---

[1]) So Preuß. Ministerialerlaß 24. Juli 1903: „So bestimme ich, daß fortan die Erklärung der Vormundschaftsbehörde nur in denjenigen Fällen einzuholen ist, in welchen es sich um die Änderung des Namens eines bevormundeten Minderjährigen handelt.“

2. Einzelheiten. Recht und Pflicht.

§ 115.

I. 1. Der Vormund bedarf in Vermögenssachen überall da der obervormundschaftlichen Genehmigung, wo sie der Elternteil bedarf; dazu noch in einigen weiteren Fällen. So 1. für den entgeltlichen Erwerb eines Grundstückes oder einer Grundstücksservitut, weil damit Schwierigkeiten der Verwaltung entstehen können (§ 1821 Z. 4 BGB.); 2. für die Erbteilung (§ 1822 Z. 2 BGB., § 97 GfG.); 3. für Vergleichs- und Schiedsverträge (über 300 M.) und für Aufhebung einer jeden zugunsten der Mündelforderung bestehenden Sicherheit (Aufhebung der Forderung wäre, wenn unentgeltlich, Schenkung und daher auch dem Elternteil nicht gestattet) (§ 1822 Z. 12 und 13 BGB.); 4. für den Antrag auf gerichtliche Aufhebung der Grundstücksgemeinschaft durch Zwangsversteigerung (§ 181 ZVG.).

Dazu kommt noch die obervormundschaftliche Genehmigung in den Fällen, wo die Genehmigung des Gegenvormundes erforderlich ist und es an einem Gegenvormund fehlt, oder bei seinem Widerstreben die Genehmigung der Obervormundschaft seine mangelnde Einwilligung ersetzen muß.

2. Hierüber ist noch im einzelnen zu bemerken:

a) Das Erfordernis der obervormundschaftlichen Genehmigung für Vergleiche bezieht sich nicht auf den Prozeßvergleich[1]) und nicht auf den Zwangsvergleich. Denn dies sind keine zivilrechtlichen Handlungen, sondern Prozeßhandlungen mit Zivilfolgen, welche den Grundsätzen der Prozeßhandlungen unterstehen.

b) Die Bestimmung, daß bei Erwerbsunternehmungen dem Gewalthaber zum voraus eine allgemeine Genehmigung zu Darlehen, Wechselzeichnungen und Bürgschafts- oder Garantieübernahmen erteilt werden kann, gilt auch von der Vormundschaft.

II. 1. Der Vormund waltet nicht so frei wie der Elternteil über das bewegliche Vermögen; er ist beschränkt in der Ver-

---

[1]) Anders die Praxis, RG. 22. Dezember 1902, Entsch. 56 S. 333, Dresden 11. März 1903, M. 7 S. 122, LG. Darmstadt 5. Mai 1913, Hessen 14 S. 233.

fügung und in den Verfügungsgeschäften. Verfügung ist, wie gewöhnlich, eine Rechtshandlung, welche eine Übertragung oder eine wesentliche Belastung einer Sache oder eines Rechtes herbeiführt, Verfügungsgeschäft ist die Übernahme einer Verbindlichkeit zu einer Verfügung. Er ist in dieser Weise beschränkt

a) in bezug auf die Wertpapiere (mit und ohne Kapitalcharakter),

b) in bezug auf die Forderungen.

Er darf nur verfügen mit Genehmigung des Gegenvormundes oder der Obervormundschaft (§ 1812).

Eine Zinsherabsetzung ist natürlich eine mindernde Verfügung über die Forderung, welche der Zustimmung des Gegenvormundes bedarf[1]).

2. Zur Verfügung gehört auch die Gläubigermitwirkung durch Erfüllungsannahme, es müßte sich denn um Kleinigkeiten (unter 300 M.), um Nutzungen und Nebenleistungen handeln, um Naturalleistungen oder um eine Rückzahlung des vom Vormund Gegebenen (§ 1813). Unter Erfüllungsannahme ist hier natürlich nur eine rechtsgeschäftliche, nicht eine bloß tatsächliche Erfüllungsannahme zu verstehen[2]).

3. Über gesperrte Wertsachen, Wertpapiere und Forderungen gelten besondere Vorsichtsmaßregeln, die sofort zu besprechen sind.

III. 1. Für den Vormund besteht, wie für den Gewalthaber überhaupt,

a) die Pflicht zur Gelderanlegung; es besteht für ihn aber ferner

b) die Banksperre und

c) der Hinterlegungszwang.

Zu a gilt das S. 436 f. Entwickelte mit der Besonderheit, daß die Genehmigung des Gegenvormundes, eventuell der Obervormundschaft einzuholen ist (§ 1810).

Zu b. Die Gelddepositengeschäfte bei Sparkassen oder Banken sollen nur in der Art erfolgen, daß die Vertretungs-

---

[1]) KG. 6. Dezember 1906, M. 14 S. 262.

[2]) Lehrb. 2 S. 176. Z. B. nicht, wenn dem Mündel die Haare geschnitten oder der erste Bart abgenommen werden soll.

macht des Vormundes, was die Rücknahme der Depositen betrifft, vertragsmäßig gemindert wird: die Rücknahme soll nur mit Genehmigung des Gegenvormundes oder der Obervormundschaft geschehen, welche durch ihre Genehmigung die geminderte Vertretungsmacht des Vormundes zu ergänzen haben (§ 1809). Vgl. oben S. 436.

Zu c. Inhaberpapiere mit Kapitalwertcharakter[1]) (und ihnen stehen Bankorderpapiere gleich) sind, wenigstens was die Kapitalpapiere (Mäntel und Erneuerungsscheine) betrifft, bei der Hinterlegungsstelle oder Reichsbank (ebenfalls in Sperrweise) zu hinterlegen (§ 1814). Die Sperre geht dahin, daß die Rücknahme nur mit obervormundschaftlicher Genehmigung geschehen kann (§§ 1814f.). Auch die Sperrhinterlegung anderer Wertpapiere oder Kostbarkeiten kann von der Obervormundschaft verfügt werden; in letzterem Falle besteht die Hinterlegungspflicht nur auf Grund obervormundschaftlicher Verfügung (§ 1818 BGB.).

2. Über gesperrte Wertpapiere oder Wertsachen ist auch eine Verfügung oder ein Verfügungsgeschäft nur mit obervormundschaftlicher Genehmigung möglich (§§ 1819, 1820).

3. Der Sperrhinterlegung steht die Umschreibung der Wertpapiere auf den Mündel gleich; sie genügt statt der Sperre, sie beschränkt aber auch die Verfügungsgewalt und bindet an die Genehmigung der Obervormundschaft (§§ 1815, 1816, 1820).

4. Die Banksperre und der Hinterlegungszwang beziehen sich nur auf Schuldnerverfügung, nicht auf Deckungshandlungen der Gläubiger; sie hindern die Gläubiger nicht, auf diese Vermögensstücke Beschlag zu legen und von der Bank gerichtlich die Auszahlung zu verlangen; denn Vormund mit Obervormundschaft zusammen wirken ja nur für den Schuldner, während der Gläubiger durch den Forderungsbeschlag in das Recht des Schuldners eingreift, den Schuldner mit all seinem Anhang beiseite schiebt und zu dem Drittschuldner in direkte Beziehung tritt[2]).

---

[1]) Natürlich nicht Schecks (Überbringerschecks), Eisenbahnbillets u. dgl.

[2]) Vgl. Colmar 13. Oktober 1911, M. 14 S. 46.

IV. 1. Der Vormund hat, wie oben bemerkt, nicht nur für sich eine Ordnung in der Verwaltung einzuhalten, sondern auch der Obervormundschaft und dem Gegenvormund die ordnungsgemäße Verwaltung nachzuweisen. Er hat daher

a) beiden jederzeit auf Verlangen Auskunft zu geben. Diese Pflicht der Obervormundschaft gegenüber hat auch der Gegenvormund (§§ 1839, 1891). Der Vormund aber hat

b) regelmäßig jedes Jahr eine Rechnung aufzustellen und der Obervormundschaft vorzulegen, ausnahmsweise bei kleiner Vormundschaft nur alle zwei oder drei Jahre (§ 1840). Er hat

c) am Schluß der Vormundschaft eine Schlußrechnung zu stellen (§ 1892). Vgl. oben S. 435, 481.

2. Die Rechnung enthält

a) eine Aufstellung von Einnahmen und Ausgaben,

b) eine Darstellung der Vermögensbewegung, also eine Angabe, welche Gegenstände hinzugekommen, welche abgegangen sind (§ 1841); sie soll also zugleich insofern die Daten bieten, um das Inventar auf den neuesten Stand zu bringen.

c) Die Rechnung ist mit Belegen zu versehen, d. h. mit den üblichen Nachweisurkunden, wodurch die Posten, namentlich die Ausgabeposten glaubhaft gemacht werden.

Als Belege der Rechnung können auch Inventar und Handelsbücher des Kaufmanns dienen[1]).

Wird für den Mündel ein Erwerbsgeschäft betrieben, so ist die Rechnungsstellung eine handelsmäßige (Bilanz, Büchervorlegung, § 1841).

3. Die Rechnung ist vom Gegenvormund zu prüfen und zu begutachten, dann von der Obervormundschaft selbst einer formellen und materiellen Prüfung zu unterwerfen. Zeigen sich Unregelmäßigkeiten, so ist das Nötige vorzukehren (§§ 1842, 1843, 1891). Ergeben sich objektive Zwistigkeiten, z. B. über die Anrechnung des einen oder anderen Postens, so bleibt die Sache dem Rechtswege überlassen, der, wie oben (S. 436) bemerkt, sofort eingeleitet werden kann (§ 1843).

---

[1]) RG. 2. April 1909, JW. 38 S. 324.

Die Nichtbeanstandung durch die Obervormundschaft hat die Bedeutung, daß hiermit die staatliche Einwandlosigkeit erklärt wird; sie ist keine bürgerlich-rechtliche Anerkennung: handelt es sich doch um staatlich beaufsichtigte Rechtsverhältnisse von Privaten, nicht um die Verwaltung von Staatsgut; daher findet auch keine förmliche Entlastung des Vormundes statt[1]).

Anders verhält es sich, wenn die Schlußrechnung von den Beteiligten anerkannt wird: diese Anerkennung hat zivilistische Bedeutung (§ 1892).

Die Rechnungslegung kann durch Ordnungsstrafe erzwungen werden, denn hier handelt es sich um ein einfaches Muß, nicht um eine wahlweise Tätigkeit des Vormundes[2]).

4. In außerordentlichen Fällen kann ein Kassensturz angeordnet werden, aber nicht unter Eindringen in die Wohnung des Vormundes, sondern mit dem Gebot der Vorlegung der Rechnung und des Nachweises des Kassenbestandes[3]).

3. Befreiungen.

§ 116.

I. Der von dem Elternteil ernannte Vormund kann durch testamentarische Bestimmung als befreiter Vormund aufgestellt werden. Die Befreiung gilt nicht unbedingt, sie kann von der Obervormundschaft ganz oder teilweise aufgehoben werden: denn der Wille des Vaters bricht sich an den von der Obervormundschaft behüteten Interessen des Kindes (§§ 1852, 1855, 1856, 1857 BGB.).

Der Gedanke des Instituts ist: ein erprobter Freund der Familie soll möglichst gleich einem Elternteil die Vormundschaft führen und von allen kleinlichen Kontrollen befreit sein; das Vertrauen, das ihm die Familie schenkt, soll sich auch in seiner Stellung ausprägen.

II. Die Befreiung ist eine Befreiung von der Gegenvormundschaft und eine Befähigung des Vormundes in Fällen, wo sonst der Gegenvormund seine Genehmigung geben müßte,

---

1) Naumburg 14. Mai 1909, M. 21 S. 295.

2) KG. 22. März 1906, E. f. G. 7 S. 85 (= M. 16 S. 31), und 28. Juni 1906, M. 14 S. 266.

3) Karlsruhe 15. Mai 1913, Bad. R. 1913 S. 127.

ohne solche Genehmigung zu handeln: er bedarf also auch nicht der Genehmigung der Obervormundschaft, wo diese sonst die Genehmigung des Gegenvormundes zu ersetzen hätte (§§ 1852, 1810, 1812). Sie ist ferner eine Befreiung von Banksperre und Hinterlegungszwang (§§ 1852, 1853, 1809, 1814, 1815, 1816). Sie ist endlich eine Befreiung von der periodischen Rechnungslegung, an Stelle deren nur alle zwei Jahre eine Vermögensübersicht vorzulegen ist (§ 1854).

III. Dagegen ist der befreite Vormund nicht befreit von der Pflicht der mündelsicheren Anlegung der Gelder, er ist nicht befreit von der Genehmigung der Obervormundschaft, er bedarf ihrer sowohl da, wo der Elternteil, als auch da, wo der Vormund ihrer bedarf, so daß also die Gleichstellung von befreitem Vormund und Elternteil keine vollständige ist.

4. Entgelt.

§ 117.

I. Die Vormundschaft ist prinzipiell unentgeltlich zu führen. Ausnahmsweise soll mit Rücksicht auf die Größe des Vermögens und den Umfang der Geschäfte eine Vergütung bewilligt werden (§ 1836)[1] Hierüber ergeht Beschluß der Obervormundschaft, gegen welchen die Beschwerde zulässig ist. Eine Beschwerde gegen die Bewilligung hat der Gegenvormund (§ 57 Z. 7), aber auch der Mündel, vor allem nach Beendigung der Vormundschaft (§ 20 GfG.), was bei der Unbefristetheit der Beschwerde mißlich ist. Doch wird die Angelegenheit regelmäßig bei der Schlußrechnung sich erledigen[2]).

II. Die Vergütung kann von Amts wegen bestimmt werden, auch nach Beendigung der Vormundschaft[3]).

III. Der Beschluß der Obervormundschaft ergeht für die Gegenwart, nicht für die Zukunft; die einmal bestimmte Ver-

---

[1]) Nicht bei Vermögenslosigkeit, nicht bei Konkurs des Mündels, KG. 19. September 1913, Joh. 45 A Nr. 10.

[2]) KG. 13. April 1905, E. f. G. 6 S. 13.

[3]) Vgl. KG. 9. März 1905, E. f. G. 6 S. 33, und 21. Januar 1901, E. f. G. 2 S. 5.

gütung kann für die Zukunft gemindert oder erhöht werden (§ 1836 BGB.).

IV. Daß bei derartigen Beschlüssen Vormund und Gegenvormund zu hören sind und daß dies eine Sollvorschrift ist, versteht sich von selbst (§ 1836).

IV. Beendigung der Vormundschaft.

§ 118.

I. Die Vormundschaft hört auf, wenn die Umstände aufhören, welche zu den Gewaltverhältnissen geführt haben. Im Fall der Todeserklärung des Mündels gilt folgendes: die Vormundschaft endet nicht schon mit dem Moment des wirklichen oder präsumtiven Todes, sondern erst mit der Erlassung des Todeserklärungsurteils (§ 1884). Wenn daher der Vormund Geschäfte in der Zeit nach dem Tode des Mündels geführt hat, so sind die Geschäfte wirksam, sie wirken gegen die Erben. Übrigens kann bei Verschollenheit des Mündels die Vormundschaft aufgehoben werden, wenn keine Fürsorge mehr nötig ist. Ist nach Umständen der Tod anzunehmen, so soll die Obervormundschaft zur Aufhebung der Vormundschaft schreiten, natürlich auch, wenn der Verschollene, falls er noch lebt, volljährig geworden ist.

II. Das Amt des einzelnen Vormundes und das damit verbundene individuelle Verhältnis zwischen Vormund und Mündel erlischt mit Tod und Todeserklärung des Vormundes und mit dem obervormundschaftlichen Beschluß, welcher den Vormund entläßt oder seiner Stellung enthebt. Was die Todeserklärung betrifft, so kann namentlich der Fall vorkommen, daß der Vormund in den Krieg zieht oder eine Seefahrt macht und eine Kriegs- oder Seeverschollenheit eintritt; in solchen Fällen kann die Obervormundschaft, anstatt den Vormund zu entheben, einen Ersatzpfleger bestellen, bis sich die Angelegenheit des Vormundes klärt. Mit dem Datum der Todeserklärung hört dann die Vormundschaft auf, sie hört von selbst auf, einer besonderen Erklärung der Obervormundschaft bedarf es nicht (§ 1885); das Todeserklärungsgericht aber hat, soweit es von dem Vormundsverhältnisse weiß, der Obervormundschaft Mitteilung zu machen (§ 50 GfG.).

III. Ist der Vormund nur für bestimmte Zeit oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses ernannt, so ist er betreffenden Falles zu entheben (§ 1790 BGB.).

IV. Sonst erfolgt die Enthebung des Vormundes im eigenen Interesse des Vormundes aus Gründen später eintretender Hindernisse, namentlich solcher, welche, wenn sie früher vorhanden oder bekannt gewesen wären, dem Vormund eine *excusatio* gewährt hätten; so auch wenn eine Frau sich verheiratet, oder wenn der Ehemann die Zustimmung für die Zukunft verweigert, oder wenn die vorgesetzte Behörde des Vormundes die etwa notwendige Genehmigung zur Weiterführung nicht fernerhin erteilt (§§ 1889, 1887, 1888, 1786).

Eine solche Enthebung im Interesse des Vormundes findet natürlich regelmäßig nur auf Antrag statt, der Antrag ist eine nachträgliche *excusatio*. Sie kann auch dann stattfinden, wenn der Vormund den Antrag nicht stellen kann, aber ihn wahrscheinlich stellen würde, falls er es könnte, z. B. im Falle der Abwesenheit im Kriege oder bei einer langwierigen Expedition. Gegen die Zurückweisung einer nachträglichen *excusatio* hat der Vormund die sofortige Beschwerde (§ 60 Z. 2).

V. Im Gegensatz zur Enthebung steht die Entlassung wegen Gefährdung der Interessen des Mündels. Eine solche Entlassung ist nicht immer eine *missio turpis*, nicht immer eine „Balemundung“; insbesondere ist es möglich, daß zwischen der Obervormundschaft und dem Vormund Zwiste entstehen, die nicht ausgeglichen werden, so daß die Obervormundschaft die Weiterführung der Geschäfte im Sinne des Vormundes als dem Mündel unzuträglich erachtet[1]). Hier enthält die Entlassung keinen sittlichen Vorwurf. Die Entlassung kann aber auch eine wirkliche Balemundung sein wegen schlechter Führung des Amtes infolge geistiger oder moralischer Gebrechen oder Unzuträglichkeiten. Dazu kommt natürlich auch der Verlust der Ehrenrechte, auch der Konkurs (§ 1786).

Gegen die Entlassung hat der Vormund die sofortige Beschwerde (§ 60 Z. 3 GfG.). Der Beschluß ist für den ihn erlassenden Richter unabänderlich (§§ 18, 29 GfG.). In Kraft

---

1) KG. 20. April 1905, E. f. G. 6 S. 17. Vgl. oben S. 483.

tritt er bereits mit der Bekanntgebung (Zustellung an den Vormund), nicht erst mit der Rechtskraft (§ 16 GfG.). Bei Ablehnung der Entlassung trotz Antrags des Gegenvormunds hat dieser die einfache Beschwerde (§ 57 Z. 6 GfG.)[1]).

VI. Eine vorläufige Entlassung gibt es nicht, wohl aber die Anordnung von einstweiligen Maßregeln, um ein schädliches Wirken des Vormunds zu verhüten.

VII. Eine Entlassung des Vormundes nach § 1886 und eine Enthebung auf Antrag nach § 1889 sind dem Grunde nach verschieden; im wesentlichen führen sie aber beide zum gleichen Resultat. Daher hat man mit Recht trotz §§ 18 und 60 Z. 3 GfG. angenommen, daß eine solche Verwandlung erfolgen und die Entlassung nachträglich zur Enthebung gestaltet werden kann; was für den persönlichen Ruf des Vormundes bedeutungsvoll sein kann[2]).

VIII. Über Beendigung bei Legitimation des Kindes, § 1883, s. S. 313.

II. Kapitel.

Abgeleitete Arten der Vormundschaft.

I. Entmündigungsvormundschaft.

§ 119.

I. Die Vormundschaft über den entmündigten Volljährigen enthält nur eine beschränkte Personengewalt: diese reicht nur so weit, als das Persönlichkeitsbedürfnis, welches zur Entmündigung geführt hat, sie verlangt; sie tritt also nur hervor, wenn ein Irrsinniger wegen Eigengefahr oder wegen Gefahr für Dritte behütet oder dem Trunksüchtigen Alkoholika (oder Narkotika) ferngehalten werden sollen, und überall, wenn die Aufnahme in eine Anstalt erforderlich ist (§ 1901 BGB.). Dies gilt natürlich auch vom Vormund einer Ehefrau, auch wenn dies ein anderer ist als der Ehemann. Allerdings trägt eine solche Beziehung den Keim zu Zwisten mit dem Ehemann in sich, die nötigenfalls gerichtlich auszutragen sind[3]).

---

[1]) Über das Recht des Gemeindewaisenrats s. oben S. 494 f.

[2]) AG. Heidelberg 25. März 1913, Bad. R. 1913 S. 148.

[3]) Denn die Rechtsstellung des Ehemannes liegt nicht in der Kontrollsphäre der Obervormundschaft, KG. 14. März 1913, M. 26 S. 282.

II. Der Unterschied der Personengewalt über den Geschäftsbeschränkten und über den Geschäftsunfähigen (oben S. 422) tritt natürlich bei den volljährig Entmündigten besonders hervor.

III. In der Vermögensverwaltung gelten die gewöhnlichen Grundsätze; nur wird hier ganz besonders der Fall hervortreten, daß der Mündel selbst handelt und die Zustimmung oder Genehmigung des Vormundes einholt.

IV. Für die Inventarisierung, für die Zuziehung des Gegenvormundes, für die Genehmigung der Obervormundschaft, für Anlegung der Gelder, Banksperre und Hinterlegungszwang gelten die allgemeinen Vormundschaftsgrundsätze mit folgender Besonderheit:

1. Die Eltern sind, abgesehen von dem Vorsichtsfall des § 1903 Abs. 2 und abgesehen von obervormundschaftlicher Bestimmung, befreite Vormünder, die Mutter nur dann, wenn ihr nicht ein Gegenvormund zugewiesen wird, was in den gleichen Fällen erfolgen kann, in welchen ihr im Elternrecht ein Antrags- oder Amtsbeistand beigeordnet wird (§§ 1903, 1904).

2. Was die Genehmigung der Obervormundschaft betrifft, so reichen in zwei Fällen die Minderjährigkeitsvorschriften nicht aus,

a) wenn es sich um Miet- und Pachtverträge handelt: diese sind bei der Minderjährigkeitsvormundschaft und bei der Elternschaft genehmigungsbedürftig, wenn sie ein Jahr über das 21. Lebensjahr hinausdauern sollen. Mit dem regelmäßigen Volljährigkeitsalter ist ein festes Ziel gegeben. Bei dem Entmündigten liegt ein solches Ziel nicht vor, und doch soll die Belastung mit solchen Verträgen nicht eine unbeschränkte sein: man hat daher die 4jährige Dauer als Norm angenommen, entsprechend dem Gedanken, daß eine Summe von vier Jahreszinsen über den Zinscharakter hinausgehe (§ 1902).

b) Der Minderjährige kommt nicht in den Fall, sein eheliches Kind auszustatten, wohl aber kann der Entmündigte Kinder haben, die der Ausstattung bedürfen. Eine solche Ausstattung ist keine Schenkung, sie kann daher auch aus dem Mündelvermögen erfolgen, aber es ist eine Freigebigkeit, und diese bedarf der Genehmigung der Obervormundschaft (§ 1902).

V. Für die Ernennung des Vormundes, auch für die Beiziehung des Familienrats ist zu beachten, daß der Entmündigungsvormundschaft eine elterliche Gewalt nicht in der Art vorhergeht, wie der Minderjährigkeitsvormundschaft; daher ist hier von einem tutor testamentarius und von elterlichen Vorschriften keine Rede, weder für den Vormund noch für den Familienrat (§§ 1898, 1905).

Als tutor legitimus kommt natürlich hier in erster Reihe nicht der Großvater, sondern der Vater und die Mutter bzw. der Wahlvater des Mündels in Betracht; sie haben ein Vorrecht und können dieses nötigenfalls durch Beschwerde geltend machen; nur aus triftigen Gründen sind sie beiseite zu schieben. Dies hat guten Sinn, ebenso daß der Ehegatte und die uneheliche Mutter zwar kein Vorrecht haben, aber den Großvätern, der Ehegatte selbst den Eltern vorgezogen werden darf (§§ 1899, 1900)[1].

VI. Der Vormund des Entmündigten hat besondere Pflichten gegenüber dem Publikum[2]): er hat

1. für die Behütung eines Geisteskranken im Interesse Dritter zu sorgen (§ 832);

2. er hat nötigenfalls vor Geschäften mit ihm zu warnen. Doch hängt es von den Umständen ab, ob er im einzelnen Falle auf die Entmündigung hinweisen soll: es kommt eben wesentlich darauf an, ob Geschäfte mit dem Mündel zu erwarten stehen[3]).

Diese Haftung ist nicht ein Angebinde der Vormundschaft, sie obliegt jedem, der den Geisteskranken zu behüten hat; sie obliegt dem Vormund auch nur, soweit seine Behütung nicht in genügender Weise einer anderen Person oder einer Anstalt überlassen ist.

---

[1]) Daß die Ehefrau, wenn sie zum Vormund ihres entmündigten Ehemanns ernannt wird, nicht noch der Zustimmung ihres Ehemanns, d. h. des Entmündigten, bedarf, hat der § 1900 besonders hervorgehoben, für den Fall, daß ein besonders beschränkter Richter in solchem Falle eine Einwilligung nach § 1783 verlangen wollte. Aber man macht doch nicht Gesetze zur Vermeidung des reinen Unverstandes.

[2]) Vgl. über diese Frage Enzyklopädie 2 S. 136.

[3]) Dresden 6. Juli 1911, Sächs. Arch. 7 S. 354.

II. Vorläufige Vormundschaft.

§ 120.

I. Das Entmündigungsverfahren bietet die besondere Gefahr,

1. daß der zu Entmündigende noch während des Verfahrens persönlich gefährdet ist oder durch tolle Wirtschaft sein Vermögen vergeudet,

2. daß er gerade gegenüber den Personen, welche die Entmündigung beantragen, durch aberwitzige Vermögensdispositionen seine Rache nimmt.

Dem letzteren suchte man einigermaßen zu steuern durch die Bestimmung, daß ein Testament des Entmündigten nichtig ist, auch wenn es während des Entmündigungsverfahrens entstand (§ 2229), aber dieses genügt nicht, und die Gefahr zu 1 besteht weiter.

II. Daher das Institut der vorläufigen Vormundschaft: die Obervormundschaft kann sofort nach dem Antrag eine vorläufige Vormundschaft begründen (§ 1906); dies hat einschneidende Wirkung; vom Augenblick der Bestellung erfährt der Mündel ein *capitis deminutio:* er wird geschäftsbeschränkt (§ 114). Die Folge tritt mit der Bestellung des Vormundes ein, wenn der Entmündigungsantrag wegen Geisteskrankheit gestellt wird, sie tritt mit der Bekanntmachung an den Mündel ein in dem Falle, daß dem Entmündigungsantrag bloß Geistesschwäche, Trunkenheit oder Verschwendung zu Grunde liegt (§ 52 GfG.). Der unter Tutel Gestellte hat natürlich die sofortige Beschwerde (§ 60 Z. 5), während dem Antragsteller gegen die Ablehnung die einfache Beschwerde zusteht (§ 57 Z. 2 GfG.).

III. Die Aufstellung eines vorläufigen Vormundes hat nur zu geschehen bei erheblicher Gefährdung[1]). Sie kann nur im Laufe des Entmündigungsverfahrens erfolgen, nicht aber, wenn der Entmündigungsantrag abgewiesen wurde. Dies gilt

---

[1]) KG. 9. Februar 1905, M. 16 S. 32; doch braucht der Entmündigungsgrund noch nicht nachgewiesen zu sein, denn der Nachweis soll ja erst im Laufe des Verfahrens erfolgen, Oberstes LG. München 8. März 1907, M. 16 S. 34. Es genügt Glaubhaftmachung.

auch dann, wenn die Abweisung auf örtlicher Unzuständigkeit beruht, denn gerade bei der Unzuständigkeit liegen dem Gerichte sehr häufig nicht die nötigen Materialien zur sachgemäßen Entscheidung vor[1]).

IV. In der Auswahl des vorläufigen Vormundes ist die Obervormundschaft frei, es gilt hier weder ein tutor testamentarius, noch ein legitimus, noch irgendwelche Vorzugsrechte, denn es handelt sich ja nur um etwas Vorläufiges (§ 1907).

Im übrigen wird der Vormund in der Form ernannt und verpflichtet wie ein anderer; seine Funktion steht unter denselben Gesetzen, sowohl was die Personen- als was die Vermögensgewalt betrifft; er kann einen Gegenvormund erhalten, steht unter der obervormundschaftlichen Disziplin, hat Rechnung abzulegen, kann eine Vergütung erlangen und kann wie ein anderer Vormund enthoben und entlassen werden. Was die Personengewalt betrifft, so kann er die für die Person des Mündels nötigen Vorkehrungen treffen, insbesondere auch die Verbringung in eine Heilanstalt beantragen[2]); nur muß dabei immer die vorläufige Natur des Amtes berücksichtigt werden: man soll nicht vergessen, daß es sich um ein Provisorium handelt.

V. Wird der Entmündigungsantrag rechtskräftig abgewiesen, so fällt der vorläufige Vormund von selbst weg, und die volle Geschäftsfähigkeit tritt wieder ein (§ 1908)[3]), es bedarf also nicht einer besonderen Aufhebung mit deklaratorischer Wirkung. In gleicher Weise hört seine Stellung von selbst auf mit der Ernennung eines Entmündigungsvormundes.

Für die Enthebung und Entlassung des Vormundes gelten die gewöhnlichen Grundästze.

Die *capitis deminutis* kann beseitigt und folgeweise die ganze Vormundschaft aufgehoben werden, wenn die Gefahrenumstände beseitigt sind. Die Aufhebung tritt ein mit der Zustellung des aufhebenden Beschlusses an den Mündel (§ 52

[1]) KG. 25. Mai 1903, E. f. G. 3 S. 226.
[2]) KG. 12. Juli 1906, M. 14 S. 272.
[3]) KG. 8. Juli 1907, M. 16 S. 35.

GfG.). Der Entmündigungsantragsteller oder ein anderer, der zum Entmündigungsantrag befugt wäre, hat hiergegen die einfache Beschwerde (§ 57 Z. 2 GfG.).

VI. Was der vorläufige Vormund gewirkt hat, bleibt natürlich bestehen, auch nach der Aufhebung der Vormundschaft; es bleibt aber auch dann bestehen, wenn nachträglich auf Grund sofortiger Beschwerde die Ernennung des Vormundes durch Beschluß des Beschwerdegerichts aufgehoben worden ist; denn es gilt hier das allgemeine Prinzip der freiwilligen Gerichtsbarkeit: wem eine Macht gegeben ist, der übt sie wirksam aus, bis sie zurückgenommen wird (§§ 32, 55 GfG.). Vgl. übrigens auch § 61 GfG.

VII. Inwiefern eine Handlung des Vormundes nach dem Aufhören seiner Stellung für gutgläubige Dritte noch Bedeutung hat, bemißt sich nach den früheren Regeln (vgl. S. 405, 443).

B. Pflegschaft.

I. Allgemeines.

§ 121.

I. Die Pflegschaft unterscheidet sich von der Vormundschaft dadurch, daß sie prinzipiell nicht auf die volle Fürsorge über Person und Vermögen, sondern nur auf eine Teilfürsorge gerichtet ist, weil entweder die Person im übrigen selbst für sich sorgen kann, oder weil durch elterliche oder vormundschaftliche Gewalt für sie gesorgt ist.

II. Hiernach ergeben sich folgende Arten von Pflegschaften:

1. Die Ergänzungspflegschaft, welche einer elterlichen Gewalt oder Vormundschaft zur Ergänzung hinzutritt.

2. Die Pflegschaft für den in Eigengewalt Stehenden, der wegen gewisser Mißstände des Pflegers bedarf: diese Mißstände können in den Verhältnissen der Person an sich oder in ihren Beziehungen zu den zu schützenden Interessen bestehen: daher Gebrechlichkeitspflegschaft und Abwesenheitspflegschaft, und dazu tritt als Abart mit eigenartiger Fassung die Pflegschaft über das Vermögen des Flüchtigen, welcher durch Vermögensbeschlagnahme ein *capitis deminutio* erleidet (§ 334 StPO., § 360 MilitStPO.).

III. Ein weiterer Fall ist der Fall des Interessenhüters. Die Wahrung dauernder Interessen führt zu Stiftungen, die Wahrung vorübergehender Interessen zu stillschweigenden juristischen Personen (Lehrbuch 1 S. 354f.[1]), welche eine Zeitlang bestehen und dann anderen Persönlichkeiten Raum geben; denn sie haben nur die Funktion, bis zum Eintritt dieser anderen Personen die Interessen vorübergehend zu tragen.

Diese stillschweigenden vorübergehenden juristischen Personen bedürfen keiner Organisation: eine solche wäre zu schwerfällig. Sie haben keinen Vorstand, keinen Verwaltungsrat, überhaupt keine Organe; sofern sie aber organschaftslos sind, muß für sie gesorgt werden; daher der Pfleger als Interessenhüter: er hat ähnlich wie ein Vormund über sie die Vermögensgewalt unter obervormundschaftlicher Aufsicht, nach den Regeln der Pflegschaft.

IV. Wie bei der Vormundschaft, ist auch hier zweierlei auseinanderzuhalten: Die Begründung der Pflegschaft und die Ernennung des Pflegers. Beides kann natürlich zeitlich zusammenfallen.

V. Die Pflege wird regelrecht im Interesse des Gepflegten begründet. Der Pfleger erlangt aber eine dem Vormund ähnliche Familiengewalt, die eine Person- und eine Vermögensgewalt sein kann.

VI. Ob und inwiefern mit der Begründung der Pflegschaft eine Minderung in den Persönlichkeitsrechten des Gepflegten verbunden ist, ergibt sich aus der Darstellung der einzelnen Fälle.

VII. Die Pflegschaftsführung steht unter den Grundsätzen der Vormundschaftsführung; es gelten daher die üblichen Regeln für die Personen- und Vermögensverwalter, aber natürlich in Beschränkung auf den Umfang der Pflegschaftsinteressen. Soweit die Gewalt des Pflegers reicht, unterliegt er den Bestimmungen, die von dem Vormund gelten, also was Inventarisierung, Geldanlegung, Banksperre, Hinterlegungszwang, Rechnungsstellung, Vermögensrückgabe[2]), Vergütung,

---

[1]) Vgl. auch Enzyklopädie II S. 15.

[2]) KG. 4. Oktober 1906, M. 14 S. 268.

und vor allem was die obervormundschaftliche Genehmigung betrifft. Ein Gegenpfleger nach Ähnlichkeit des Gegenvormundes kann eingesetzt werden, ist aber nicht nötig und nicht üblich[1]) (§ 1915). Dagegen ist in Kollisionsfällen ein Ergänzungspfleger oder ein sonstiger Pfleger nicht ausgeschlossen[2]); etwas Besonderes gilt für den Freigebigkeitspfleger (unten S. 516).

VIII. Für die Auswahl des Pflegers gelten die vormundschaftlichen Bestimmungen. So auch was die Pflicht betrifft, Pfleger zu sein, was die Beamten, die Frauen und was die Ausländer angeht. Von einem curator testamentarius ist nicht die Rede, für den curator legitimus gelten die gleichen Sätze wie für den Vormund des Entmündigten (§§ 1899, 1900). Die etwaige Enthebung und Entlassung geschieht gleichfalls nach den Vormundschaftsgrundsätzen.

IX. Die Aufhebung der Pflegschaft erfolgt nicht nach allgemeinen Regeln, sondern nach den Sonderregeln der einzelnen Pflegschaftsart.

X. Vom Pfleger des Flüchtigen, dessen Vermögen beschlagnahmt ist (§§ 332—334 StPO.), gilt folgendes Besondere: der Flüchtige erleidet durch die Beschlagnahme, ebenso wie ehedem der *bannitus,* eine *capitis deminutio*: er wird insofern geschäftsunfähig, daß seine etwaigen Geschäfte das inländische Vermögen nicht mehr berühren können, weshalb alle seine Verfügungen über das inländische Vermögen unwirksam sind und seine nachträglich eingegangenen Schulden im inländischen Vermögen keine Deckung finden können. Für dieses inländische Vermögen muß darum auch ein Pfleger bestimmt werden.

XI. Vom Gebrechlichkeits- und Abwesenheitspfleger gilt folgendes: die Pflegschaft macht nicht geschäftsbeschränkt. Wenn daher der Abwesende oder Gebrechliche verfügt, so verfügt er gültig, und wenn etwa zu gleicher Zeit eine Ver-

---

[1]) In solchem Falle bedarf es zu §§ 1809, 1810, 1812 statt der Genehmigung des Gegenvormundes der Genehmigung der Obervormundschaft, LG. Gießen 11. Dezember 1912, Hessen 13 S. 299.

[2]) Colmar 5. Februar 1913; Oberstes LG. 10. Januar 1913, M. 26 S. 284.

fügung des Gepflegten und des Pflegers stattfindet, so geht die Verfügung des Gepflegten vor[1]). Jedoch muß berücksichtigt werden, daß der Pfleger unter dem Schutze des § 32 GfG. handelt und daher, wenn ein gutgläubiger Dritter mit ihm Geschäfte abschließt, der Erwerb dieses Dritten unantastbar ist, auch wenn etwa eine dem Dritten unbekannte Gegenverfügung erfolgt wäre.

II. Pfleger als Individualpfleger.

1. Ergänzungspfleger.

§ 122.

I. Ein Ergänzungspfleger soll überall ernannt werden, wo der Gewalthaber an der Pflege der Interessen des Mündels gehindert ist. Dies kann sein

1. tatsächlich, wenn z. B. der Gewalthaber krank ist oder in den Krieg ziehen muß. Ist der Gewalthaber ein Elternteil, so wird allerdings hier das Beruhen der elterlichen Gewalt ausgesprochen werden und treten dann die entsprechenden Folgen ein — elterliche Gewalt der Mutter, Vormundschaftsernennung; auch bei dem Vormund kann Enthebung und Einsetzung eines neuen Vormundes stattfinden. Solange dies nicht geschehen ist, muß ein Ergänzungspfleger fungieren. Auch ist die Möglichkeit gegeben, daß der Vormund noch nicht bestellt ist oder noch nicht eintreten kann: auch hier liegt Grund für einen Ergänzungspfleger vor (§ 1909).

2. Das Hindernis, welches den Ergänzungspfleger rechtfertigt, kann ein rechtliches sein:

a) in Fällen der Kollision zwischen den Mündel- und Gewalthaberinteressen (§§ 1630, 1795, 1796); so insbesondere wenn vom Mündel gegen den Gewalthaber eine Klage erhoben werden soll[2]), namentlich auch eine Pflichtteilsklage[3]);

---

[1]) KG. 26. September 1904, E. f. G. 4 S. 196.

[2]) Vgl. Oberstes LG. München 27. Mai 1905, E. f. G. 6 S. 28.

[3]) Natürlich ist es in das pflichtmäßige Ermessen des Gerichtes gestellt, ob ein solcher Anspruch als so beglaubigt erscheint, daß man deswegen den Prozeßweg betritt, KG. 11. Oktober 1907, M. 18

b) in Fällen der Freigebigkeit mit Freiklausel (der Klausel der Freiheit von der Verwaltung und Verfügung des Gewalthabers): Freigebigkeitspfleger (§§ 1909, 1638, 1639, 1803).

II. Lehnt die Obervormundschaft eine Pflegschaft nach § 1909 ab, dann haben auch die Verwandten und Verschwägerten im Interesse des Kindes die Beschwerde, auch der Ehegatte (§ 57 Z. 3 GfG.), auch der Mündel selbst, wenn es sich um eine seine Person betreffende Angelegenheit handelt und er bereits 14 Jahre alt ist (§ 57 Z. 9, § 59 GfG.)[1]).

III. Bei der Ergänzungspflegschaft gibt es keinen tutor testamentarius noch legitimus; wird er doch vielfach dem Elternteil zur Ersatz- und vielfach zur Kollisionstätigkeit beigeordnet (§ 1916).

IV. Die Ergänzungspflegschaft hört mit der elterlichen Gewalt oder mit der Vormundschaft (des betreffenden Vormundes, dem er beigeordnet ist) von selbst auf; sie hört, wenn sie nur zur Erledigung einer einzelnen Sache (z. B. eines Kollisionsgeschäftes) begründet wurde, mit deren Erledigung auf; sie hört von selbst auf, ohne obervormundschaftliches Eintreten (§ 1918). In sonstigen Fällen kann die Pflegschaft nach den allgemeinen Grundsätzen von der Obervormundschaft aufgehoben werden, namentlich wenn kein Grund einer weiteren Tätigkeit mehr vorliegt: hier bedarf es aber eines obervormundschaftlichen Beschlusses (§ 1919).

V. Bei der Freigebigkeitspflegschaft gelten die Grundsätze der Schenkergewalt auch nach der Richtung hin, daß er den Pfleger bezeichnen und ihn zu einem befreiten Pfleger machen kann (§ 1917). Wieweit die Obervormundschaft davon abweichen kann, ergibt sich aus § 1917.

S. 305. Ist aber der Anspruch begründet, so darf man nicht den Pfleger deswegen versagen, weil eine solche Klage dem Vormund oder Elternteil unangenehm ist. Gegen die ganz verkehrte Ansicht, daß es berechtigt sei, den Pflichtteil möglichst zu verkümmern (KG. 7. Februar 1907, M. 14 S. 223), vgl. Enzyklopädie II S. 191.

[1]) KG. 11. Oktober 1906, M. 14 S. 275.

2. Gebrechlichkeitspfleger[1]).

§ 123.

I. Ein Gebrechlichkeitspfleger kann als allgemeiner Pfleger oder als Pfleger für einen größeren oder geringeren Kreis von Angelegenheiten, er kann auch für einen einzelnen Fall bestellt werden (allgemeiner, besonderer Gebrechlichkeitspfleger).

II. Voraussetzung ist, daß der Gebrechliche nicht bereits bevormundet ist, denn dann ist für ihn gesorgt. Der Umstand aber, daß er im Konkurse ist, steht nicht im Wege, denn der Konkursverwalter ist nicht sein Vertreter, und ihm selbst gebühren im Konkurse wichtige Rechte, für deren Ausübung er möglicherweise des Pflegers bedarf[2]).

III. Der Gebrechlichkeitspfleger, der allgemeine wie der besondere, ist nur auf Antrag zu ernennen, mit einer Ausnahme, welche große Schwierigkeiten bereitet hat.

Die Gebrechlichkeit kann nämlich auch ein Versagen geistiger Kräfte sein. Dürfte man nun einem geistig Herabgekommenen (oder einem, der so erscheint) ohne seine Zustimmung einen allgemeinen Gebrechlichkeitspfleger setzen, so stünde dies mit den Grundsätzen über die Entmündigung und mit allen Vorsichtsmaßregeln, mit denen das Entmündigungsverfahren umgeben ist, in vollem Widerspruch. Doch hat man es angenommen, weil der § 1910 die an sich ganz vernünftige Bestimmung enthält, daß man von einer Einwilligung des Gebrechlichen absehen könne, wenn eine Verständigung mit ihm nicht möglich ist. Ist man der Ansicht, daß eine Verständigung mit jedem Geisteskranken ausgeschlossen ist, und nimmt man weiter an, daß hiernach das Gericht in der Unterstellung, daß die Person geisteskrank und daß also eine Verständigung mit ihr nicht möglich sei, ihr ohne weiteres einen Gebrechlichkeitsvormund für alle Geschäfte stellen

---

[1]) Vgl. KG. 5. September 1907, M. 16 S. 37.

[2]) Gebrechlichkeitspfleger kannte schon das gemeine Recht. Wie sich aber im Mittelalter die Sorge für die Geisteskranken äußerte, dünkt uns mehr oder minder grauenvoll. Ein Beispiel bietet das Recht von Salò 1388: man pflegte die gefährlichen Geisteskranken einfach in das Gefängnis zu stecken, Bettoni, Storia di Salò 4 S. 257.

könne, so sind damit alle Persönlichkeitsrechte, welche im Entmündigungsverfahren gewahrt werden sollen, einfach beseitigt[1]). Allerdings wäre immerhin der eine Unterschied zu vermerken: die Person wäre nicht entmündigt, und wenn sie als Eigenperson handelte, so wären ihre Handlungen gültig, sofern nicht im einzelnen Falle ein entschiedener Mangel der vernünftigen Willensbestimmung vorläge; dieser Unterschied wäre aber großenteils nur theoretisch: man würde ja doch einem solchen „Gebrechlichen" sein Vermögen, seine Habe nehmen und sie in die Hand des Pflegers legen! Tatsächlich wäre er daher in der Lage eines Entmündigten. Richtig ist folgendes:

Ein Gebrechlichkeitsvormund kann für einen Kreis von Geschäften und für einzelne Geschäfte, insbesondere für die Klagerhebung und für das Auftreten als Beklagter aufgestellt werden[2]); aber hier muß in jedem einzelnen Falle festgestellt werden, ob eine Verständigung mit dem geistig Schwachen wirklich unmöglich ist; mit Recht hat namentlich das Kammergericht hervorgehoben, daß eine Verständigung nicht schon dann ausgeschlossen ist, wenn jemand geistig herabgekommen oder geistig erkrankt ist: es muß vielmehr eine solche geistige Verödung vorliegen, daß überhaupt nicht mit ihm vernünftig zu verkehren ist; insbesondere kommen hierbei die lichten Augenblicke in Betracht, in welchen man noch von einem Geistesgestörten vernünftige Erklärungen erlangen kann[3]).

IV. Den Antrag auf Ernennung eines Gebrechlichkeitspflegers stellt der Gebrechliche; im Falle der Unmöglichkeit der Verständigung können Verwandte, Verschwägerte und der Ehegatte den Antrag stellen (vgl. § 57 Z. 3 GfG.). Wird der Antrag abgelehnt, so hat der Gebrechliche, und wenn die Verständigung ausgeschlossen ist, Ehegatte, Verwandte und Verschwägerte die einfache Beschwerde (§ 57 Z. 3 GfG.).

---

[1]) Vgl. Oberstes LG. 10. Januar 1913, M. 26 S. 284.

[2]) Vgl. RG. 6. Februar 1902, E. f. G. 5 S. 10. Dahin gehört auch die Aufstellung eines „Kurators" nach § 62 Reichsbeamtengesetz, vgl. KG. 9. März 1905, E. f. G. 6 S. 2.

[3]) Vgl. KG. 15. Februar 1906, E. f. G. 7 S. 79. Zu weit geht Oberstes LG. München 6. Mai 1905, E. f. G. 6 S. 27.

V. Der Gebrechlichkeitspfleger ist auf Antrag des Gebrechlichen zu entheben; denn eine Pflegschaft soll ihm nicht aufgedrängt werden. Der Antrag ist zu berücksichtigen, wenn er in einem Augenblick der Vernunft gestellt ist und einen vernünftigen Charakter hat, auch wenn der Mann sonst geisteskrank und für die Entmündigung reif sein sollte (§ 1910, 1920)[1]).

3. Abwesenheitspfleger. Flüchtigkeitspfleger.

§ 124.

I. Die örtlichen Verkehrshindernisse können die Verwaltung und Verfügung über das Vermögen unmöglich machen. Hier muß geholfen werden: das Vermögen darf nicht deshalb dem Zufall und der Verwahrlosung preisgegeben werden, weil der Vermögensinhaber wegen Entfernung vom Schauplatz nicht dafür sorgen kann; der Notleidende darf auch hier nicht hilflos bleiben. Es wird ihm geholfen von Amts wegen[2]), allerdings wird meist eine Anregung von beteiligter oder befreundeter Seite erfolgen.

II. Abwesend in diesem Sinne ist derjenige, der mit uns nicht mehr im Nachrichtenverkehr steht; dies kann

1. in der Art vorkommen, daß sein Aufenthalt uns unbekannt ist, so daß aus diesem Grunde keine Verbindung von hüben und drüben besteht; aber auch in der Art, daß sein Aufenthalt so wechselnd ist, daß die Person in keinem Augenblick erreicht werden kann. Unbekannt ist verkehrsunbekannt; eine Unbekanntschaft liegt natürlich auch dann vor, wenn der Aufenthalt des Abwesenden anderen (z. B. der Militärbehörde) bekannt ist. Der Nachrichtenverkehr kann auch

2. in der Art abgeschnitten sein, daß der Aufenthalt des Abwesenden uns mehr oder minder bekannt, er aber nicht in der Lage ist, von seinem Aufenthaltsorte aus Erklärungen an uns ergehen zu lassen, z. B. wenn er sich auf einer Insel befindet, von der aus keine Verbindung besteht, oder in einem unkultivierten Lande: ein Afrikareisender, Südpolarforscher

---

[1]) Unrichtig RG. 21. Februar 1907, Entsch. 65 S. 199.

[2]) KG. 11. Oktober 1906, M. 14 S. 276.

— oder in einem Konzentrationslager, von dem keine Briefe befördert werden.

III. Der Abwesende ist notleidend, wenn er

1. ein Vermögen hat, welches er wahren und nicht preisgeben will[1]),

2. wenn er keinen Vertreter eingesetzt hat, oder wenn die Vollmacht des Vertreters erloschen oder so beschränkt ist, daß die Interessen der Abwesenden nicht oder nicht völlig gewahrt werden können.

IV. Dem Abwesenden wird geholfen durch Ernennung eines Pflegers, dem die tatsächliche und rechtliche Vermögensgewalt; also die Vermögensgewalt mit Vertretungsbefugnis eingeräumt wird. Zur Vermögensgewalt gehören auch die passiven Erbschaftsgeschäfte: Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses, Geltendmachung des Pflichtteils, Anfechtung einer erbrechtlichen Verfügung; dahin gehört auch die entsprechende prozessuale Vertretung. Eine Personengewalt und eine Vertretung in aktiven Familien- und Erbschaftsgeschäften, wie Erbvertrag, Erbverzichtvertrag, Ehevertrag, Adoptionsvertrag, hat er nicht; ein Fall ist ausgenommen: die Todeserklärung kann er (mit obervormundschaftlicher Genehmigung) beantragen (§ 962 ZPO.).

In einer Reihe von Fällen des Personenrechts ist eine Vertretung nicht erforderlich, weil über die Stimme des Abwesenden einfach hinweggegangen wird, so bei gewissen Einwilligungen: §§ 1726, 1735 (zur Ehelichkeitserklärung), §§ 1746, 1747, 1756 (zur Adoption), § 1883 (zur Legitimation), §§ 1639, 1803, 1917 (zur Freigebigkeitsverwaltung).

In gewissen Fällen genügt schon der Aufenthalt im Auslande, auf daß die Person mit Fug ignoriert und über sie hinweggegangen wird, so im Entmündigungs- und Aufgebotsverfahren (§§ 684, 974 ZPO.), vgl. auch § 1607 BGB. (Verwandte im Inlande) u. a.

V. Häufig werden auf dem Vermögen der Abwesenden Unterstützungspflichten lasten; diese sind in voll genügender

---

[1]) Will er das Vermögen derelinquieren, so ist es seine Sache; dann ist kein Bedürfnis vorhanden, dafür zu sorgen, es müßte denn der Abwesende zugleich entmündigt werden. Vgl. Oberstes LG. 19. Juni 1914, Recht 18 Nr. 2486.

Weise zu erfüllen, z. B. Erhaltung und Erziehung von Kindern und Ehefrau.

VI. Der Abwesenheitspfleger verwaltet häufig das Vermögen eines bereits Toten; er verwaltet und verfügt weiter, solange der Tod des Abwesenden nicht bekannt wird, und wenn er bekannt wird, so reicht die Pflegschaft weiter, bis sie von der Obervormundschaft infolge dieser Kunde aufgehoben wird. Wird der Abwesende für tot erklärt, so hört sie nicht etwa mit dem Augenblick auf, welcher als Augenblick des Todes bezeichnet wird, sondern erst mit dem Augenblick der Todeserklärung selbst; denn bis dahin bedarf das Vermögen der Pflege. Mit diesem Augenblick aber hört die Pflege von selbst auf (§ 1921), natürlich ist von der Todeserklärung die Obervormundschaft zu benachrichtigen (§ 50 GfG.).

Verfügungen, welche der Pfleger bis zum Augenblick des Aufhörens der Pflegschaft getroffen hat, sind von den Erben anzuerkennen. Für spätere Verfügungen, die in gutem Glauben erfolgten, gelten die Regeln der Vormundschaft (§§ 1915, 1893, 1682). Vgl. S. 405, 443.

VII. Mit der Todeserklärung hört die Abwesenheitspflege auf; dies gilt auch dann, wenn die Todeserklärung infolge einer Anfechtung wieder aufgehoben würde: in solchem Falle kann es sich nur um Aufstellung eines neuen Abwesenheitspflegers handeln. Daran hat auch das Reichsgericht die etwas spitzige Folgerung geknüpft, daß, wenn der Abwesenheitspfleger die Todeserklärung erwirkt hat, die Anfechtung der Todeserklärung nicht gegenüber dem Abwesenheitspfleger zu erfolgen habe, der mit dem Augenblick der Todeserklärung zu existieren aufhöre, sondern gegenüber dem Staatsanwalt (§ 974 ZPO.)[1]).

VIII. Für die Ernennung des Abwesenheitspflegers gelten die obigen Grundsätze. Hierbei muß aber bemerkt werden: da in vielen Fällen der Abwesende bereits ein Toter oder mindestens ein moriturus ist, so ist die Einsetzung der präsumtiven Erben besonders angezeigt; dieses Verhältnis

---

[1]) RG. 29. Oktober 1910, Entsch. 74 S. 327.

kann ein Grund sein, über den curator legitimus hinauszugehen. Stellt sich der Tod des Abwesenden heraus oder wird er durch Todeserklärung rechtlich festgelegt, so hat der Abwesenheitspfleger, sofern er selbst Erbe ist, das Vermögen mit den gezogenen Früchten einfach an sich zu übertragen.

IX. Ein Abwesenheitspfleger ad hoc kann für Erbteilungen ernannt werden, wobei das Nachlaßgericht als Obervormundschaft fungiert (§ 88 GfG.).

X. Für den Pfleger des Flüchtigen gelten dieselben Grundsätze; jedoch

1. Den Antrag auf Ernennung und das entsprechende Beschwerderecht hat auch die Verfolgungsbehörde, also im bürgerlichen Strafprozeß der Staatsanwalt, im militärischen Strafprozeß der Gerichtsherr (vgl. § 20 GfG.)[1]);

2. ein curator legitimus ist hier nicht am Platze; im Gegenteil ist eine fremde Person zu ernennen, von der nicht zu befürchten ist, daß sie dem Flüchtigen Sendungen zukommen läßt.

Um so weniger kann von einer Berücksichtigung der präsumtiven Erben die Rede sein.

3. Der Zweck ist wie bei dem Abwesenheitspfleger die Wahrung der Vermögensinteressen unter Ansammlung der Einkünfte, hier mit dem Nebenzweck, es zu verhüten, daß dem Flüchtling von dem Vermögen oder den Einkünften etwas zukommt.

4. Die auf dem Vermögen lastenden Unterstützungspflichten, insbesondere zur Erhaltung der zurückgebliebenen Familie, sind zu erfüllen, aber unter Berücksichtigung der Eigenart des Zweckes zu 3[2]).

XI. Über die besonderen Gestaltungen der Fürsorge und Vertretung nach den vorübergehenden Bestimmungen unseres Kriegsrechts vgl. meine Schrift: Krieg und Jurisprudenz.

---

1) Unrichtig KG. 9. November 1905, M. 12 S. 203.

2) So schon die C. C. C. a. 206: Sollen die gedachten annemer der berurten gutter des thaters eheweib unnd kindern . . . notturfftige leibsnarunge von sollichen guttern reychen. . . .

III. Pfleger als Interessenhüter.

§ 125.

I. Wenn für die Behütung wichtiger individueller oder sozialer Interessen die organisationslosen stillschweigenden juristischen Personen walten sollen, so ist für sie ein Pfleger zu bestellen. Dies gilt

1. für die Interessen des nasciturus,
2. für die Interessen des Nacherben,
3. für das Sammelvermögen,
4. für den Fall der Vermögensspaltung,
5. für das Nachlaßvermögen.

Besteht für solche stillschweigende juristische Person ausnahmsweise eine Organisation, so ist von einer Pflegschaft abzusehen.

II. Für das Sammelvermögen bildet sich gewöhnlich eine Organisation in Gestalt des Sammlers oder Sammelkomitees, welches oft aus verschiedenen Abteilungen besteht und sich in verschiedene Gruppen zerlegt; und nötigenfalls hat nach Analogie der §§ 29 und 37 BGB. das Amtsgericht (als Vereinsaufsichtsgericht) leitende Bestimmungen zu treffen (vgl. § 160 GfG.). Hier ist also zunächst für eine autonome Verwaltung gesorgt.

Fehlt es aber an solcher Organisation, namentlich bei Wegfall der durch das Sammelgeschäft gebildeten Organe, so ist ein Pfleger zu bestellen, § 1914 BGB.

III. Eine Vermögensspaltung erfolgt namentlich bei unvollständiger Fusion im Fall des § 306 HGB.: es finden hier sich zwei Vermögen in den Händen desselben Vermögenseigners, welche Vermögen teilweise verschiedene Schicksale haben[1]): die Schwierigkeit kann nur dadurch ausgeglichen werden, daß das Anwachsungsvermögen, soweit sich Kollisionsfälle ergeben, als Vermögen einer besonderen juristischen Person gilt und hierfür einen Pfleger erhält.

IV. 1. Bei dem Nachlaßvermögen fehlt es nicht an der Organisation, wenn ein Verwaltungstestamentvollstrecker

[1]) Vgl. meine Abhandlung im Arch. f. b. R. 40 S. 309.

gegeben ist: er ist Organ des Nachlasses unter Mitwirkung der Erbbeteiligten, welche nötigenfalls das Nachlaßgericht anrufen können und die Befugnis der Beschwerde haben (§§ 2215, 2216 BGB., §§ 81, 82 GfG.)[1]).

2. In anderen Fällen bedarf es des Nachlaßpflegers, sei es des Ersatznachlaßpflegers, wenn es an einem aktiv auftretenden Erben fehlt (§§ 1960f., 2012, 2017), sei es des Nachlaßverwalters, sofern ein solcher von den Erben oder von einem Gläubiger des Nachlasses beantragt wird (§§ 1975f., 1981, 2062).

3. Für den Nachlaßpfleger gelten die Pflegschaftsgrundsätze, jedoch mit der Besonderheit, daß

a) die Ernennung des Pflegers völlig frei ist und von einem curator testamentarius oder legitimus keine Rede sein kann,

b) daß an Stelle der Obervormundschaft das Nachlaßamt (Nachlaßgericht) tätig ist (§ 1962 BGB., § 75 GfG.).

V. Im Falle des nasciturus ist der präsumtive Träger der elterlichen Gewalt von selbst Pfleger (also curator legitimus im eigentlichen Sinne), vorausgesetzt, daß er nicht von der Ausübung der elterlichen Gewalt ausgeschlossen ist; ist keine elterliche Gewalt vorhanden (wie bei der unehelichen Mutter), oder ruht sie, dann ist ein sonstiger Pfleger zu ernennen (§ 1912)[2]). Vgl. übrigens auch § 1963.

VI. Ist die Person des Nacherben oder Nachlaßvermächtnisnehmers noch unsicher, so liegen seine Interessen im Bereich einer juristischen Person; ihr ist daher ein Pfleger zu ernennen; ebenso in jedem Fall, wo jemand etwas unter einer aufschiebenden oder kraft einer auflösenden Bedingung erwerben soll und die Person unsicher ist (§ 1913, vgl. §§ 2120ff.).

VII. Die Ernennung eines derartigen Pflegers erfolgt (abgesehen von der Nachlaßpflegschaft) von der Ober-

---

[1]) Daher ist hier auch von einem Ergänzungspfleger keine Rede, sondern es haben die Erben im Falle der Kollision der Interessen einzutreten, z. B. wenn der Miterbe zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, die Miterben, KG. 22. September 1902, E. f. G. 3 S. 167, Enzykl. 2 S. 184.

[2]) Vgl. Oberstes LG. München 3. Januar 1902, E. f. G. 3 S. 6.

vormundschaft von Amts wegen, sobald sich das Bedürfnis herausstellt.

Im übrigen kann sie jeder beantragen, der ein rechtliches Interesse hat, so z. B. auch der Vorerbe, wenn er eine Verfügung treffen will, zu der er der Einwilligung des Nacherben bedarf (§ 2120), so jeder Erbschaftsinteressent in bezug auf die Ersatznachlaßpflege (§ 1960), so jeder eventuelle Destinatär im Falle eines Sammelvermögens, so der Miterbe zur Regelung der Gemeinschaftsverhältnisse im Falle der Leibesfrucht. Wird der Antrag auf Pflegschaft abgelehnt, so steht dem Antragsteller (aber auch einem sonstigen Interessenten) die Beschwerde zu (§ 57 Z. 3 GfG.).

Etwas Besonderes gilt bei der Nachlaßverwaltung, welche nur von den Erben (und bei mehreren Erben von allen zusammen) oder von einem Nachlaßgläubiger beantragt werden kann (§§ 1981, 2062); hier gelten auch besondere Beschwerdebestimmungen, insbesondere kann, wenn die Nachlaßverwaltung auf Antrag eines Gläubigers angeordnet wird, jeder Erbe und der Verwaltungstestamentsvollstrecker die sofortige Beschwerde erheben (§ 76 GfG.).

VIII. Die Pflegschaft erlischt direkt oder indirekt

1. mit der juristischen Person.

a) Daher hört die Pflegschaft für den nasciturus mit der Geburt des Kindes auf, natürlich auch mit der Totgeburt (§ 1918).

b) Die Pflegschaft für die Nacherben ist auf Antrag aufzuheben, sobald die Nacherben sicher sind, so daß sie oder ihre gesetzlichen Vertreter die entsprechenden Interessen wahren können (§ 1919), denn damit erlischt die juristische Person.

c) In gleicher Weise wird die Sammelpflegschaft aufgehoben, wenn die Sammlung ihren Zweck erledigt hat.

2. Außerdem gilt folgendes:

a) Die Nachlaßverwaltung erlischt aus besonderen erbrechtlichen Gründen (§ 1988). Im übrigen ist sie nach vollendeter Liquidation aufzuheben.

b) Die Sammelpflegschaft ist aufzuheben, wenn auf Grund einer eventuell vorgesehenen Organisation wieder regelrechte Organe eintreten.

3. Während die Interessenbedürfnisse und dementsprechend die juristische Person weiterbesteht, kann möglicherweise der Pfleger wegfallen; dann ist ein neuer Pfleger zu ernennen und ein neues individuelles Pflegschaftsverhältnis zu begründen. Über den Wegfall des Pflegers, seine Enthebung oder Entlassung gelten die gewöhnlichen Grundsätze.

Zusatz.

Zu S. 92 Note 1.

Durch Preuß. VO. vom 16. August 1915 und Verfügung des Justizministers vom 24. August 1915 wurde die Dispensation wesentlich vereinfacht. Im Fall von 1. soll das Amtsgericht des Wohnsitzes entscheiden, im Fall 3 das ehescheidende Landgericht, sofern es die Ablehnung des Dispensationsgesuchs für angezeigt erachtet.

Zu S. 334 Note 1.

Auch hier soll nach der neuen Preuß. VO. und Justizministerialverfügung das Amtsgericht von dem 50jährigen Alter dispensieren.

Zu S. 317 Note 2.

Vgl. darüber ebenfalls die Preußische Justizministerialverordnung vom 24. August 1915 (JMBl. S. 194). Zum Text ist noch § 1723 BGB. zu erwähnen.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld, Hofbuchdr., Berlin W. 8

